

OSMAR FERNANDO DE MEDEIROS

O (IN)DEVIDO PROCESSO PENAL FRENTE A
CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito (Instituições Jurídico-políticas).

Orientador: Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski

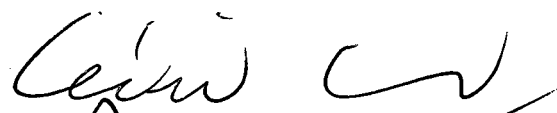
Florianópolis
1999

Osmar Fernando de Medeiros

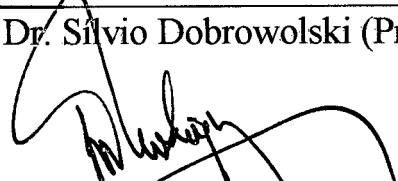
O INDEVIDO PROCESSO PENAL FRENTE A
CONSTITUIÇÃO DE 1988

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre, no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR:



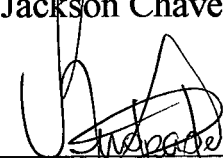
Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski (Presidente)



Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Membro)



Prof. Dr. Jackson Chaves de Azevedo (Membro)



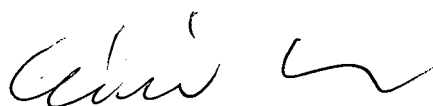
Prof. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade (Suplente)

Florianópolis, 13 de dezembro de 1999

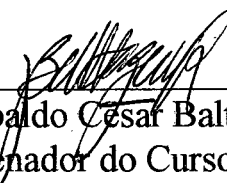
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O (IN)DEVIDO PROCESSO PENAL FRENTE A
CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Osmar Fernando de Medeiros



Prof. Dr. Sílvio Dobrowolski
Orientador



Prof. Dr. Ubaldino Cesar Balthazar
Coordenador do Curso

Florianópolis, dezembro de 1999

Ao Seu OSMAR e Dona LAIDE,
depositários das mais profundas emoções
que habitam o meu espírito. Meus eternos
credores, aceitem o presente trabalho
como um singelo pagamento de pequena
parcela.

Para ANGELA,
que me apareceu num Natal, vestida de
amor, e me presenteou com uma nova
vida.

AGRADECIMENTOS

É tempo de agradecer.

À HELOÍSA, OSVALDO e JEANE, a minha especial gratidão, pela paciência, prestatividade e carinho com que me acolheram em Curitiba, nos tempos de IBEJ. Foi ali que meu projeto ganhou força, e vocês tomaram parte nisso. Não dá para esquecer.

Aos meus irmãos, ALEX e NALÚ, por acreditarem nesse mano velho, e ouvirem com paciência as minhas “viagens”. Amo vocês, de verdade.

Ao amigo MOISÉS, pela utilidade das vezes que me ajudou (meu “Engels” particular) e pela oportunidade das vezes que me atrapalhou (muitas risadas...), mas, sobretudo, pela amizade manifestada em todas elas.

Ao amigo ANGELO, pelo crédito, lealdade e prontidão com que segurou as pontas muitas vezes. Valeu!

Ao CARLINHOS, pela força com os livros, com os diálogos e principalmente com a atenção que faz a gente se sentir importante. Um verdadeiro amigo.

À DORIS, que suportou meu mau-humor por tantas vezes, rebateu o meu estresse com quitutes, e fez questão de acreditar que eu podia, e posso.

Aos amigos do IBEJ: CLÊMERTON e JACINTO, cujas lições e conselhos muito me auxiliaram na opção pela vida acadêmica e na escolha da “Ilha”, como porta de entrada.

Às amigas da Secretaria do CPGD/UFSC: GILVANA, MELISSA, IVONETE, pela atenção que sempre me dispensaram, e, especialmente, à ROSE, pela prestatividade que me ajudou a entrar no Mestrado (os livros que eu não tinha...), pela atenção que me ajudou no caminho e pelo apoio que me estimulou a concluí-lo. Obrigado mesmo.

Ao Professor SÍLVIO DOBROWOLSKI, pelo estímulo, desde as aulas, a aceitação do meu projeto, a confiança apesar os meus sumiços temporários e a atenção com que lera e comentara, com precisão, os longos textos que lhe enviei. Mais que um orientador, um grande parceiro...

À CAPES, pelo apoio financeiro indispensável.

RESUMO

O presente trabalho se trata de um estudo na linha do Direito Constitucional Comparado sob o ponto de vista material. A idéia é fazer uma abordagem do Processo Penal à luz da Constituição e dos princípios constitucionais aplicáveis àquele ramo do Direito. Procurou-se inicialmente fazer um paralelo entre os princípios, a Constituição e o processo, de modo a preparar o leitor para a importância da abordagem constitucional do processo através dos princípios, como elementos que costuram e fundamentam essa relação. Demonstrou-se, de forma preliminar, sem pretensão de aprofundamento, a evolução das garantias constitucionais desde a sua relação com o Estado de Direito até a sua inserção no sistema brasileiro, para então, apresentá-las como fundamento do processo penal e os perigos de sua supressão em face do argumento da severidade da persecução penal com vistas ao combate à criminalidade e à violência. Prevaleceu, assim, o estudo do devido processo legal como a garantia constitucional do processo penal por excelência, e sobre essa garantia dedicou-se todo um capítulo, inclusive demonstrando, através de julgados recentes, a incidência de atuações desrespeitosas ou indiferentes ao devido processo, comprometendo a realização da justiça. Assim, concluiu-se a parte deontológica do trabalho e preparou-se o leitor para a terceira parte, mais voltada para uma ontologia do processo penal. Finalmente, adentrou-se o campo da prática processual penal, e, sob uma ótica foucaultiana, procurou-se analisar as relações de saber-poder que envolvem o processo penal, a partir das marcas que trazem ou podem trazer os operadores do Direito, desde o seu viver em sociedade, bem como a partir da imagem que a sociedade tem desses operadores. Esses fatores, chamados normalização social, fonte maior da burocratização e do bacharelismo que afeta muitos operadores do Direito, têm determinado uma antidemocracia do processo, e feito com que os princípios constitucionais deixem de ser observados na prática processual penal. A Lei apresenta falhas inconstitucionais, eis que, em vários aspectos, retrógrada e reacionária. Se não houver, por parte dos operadores do Direito, e especialmente dos promotores de justiça, titulares da persecução penal, e dos juízes, aplicadores da Lei, uma conscientização no sentido de fiscalizar e fazer valer os preceitos constitucionais no processo penal, ter-se-á, ainda, por muito tempo, uma Constituição esquecida no processo penal, que, de pressuposto essencial da busca de um *optimum* de justiça, continuará sendo, em muitos casos, apenas uma forma de legitimar a imposição vertical da pretensão punitiva.

RESÚMEN

El trabajo presente está versado sobre un estudio en la línea del Derecho Constitucional Comparado bajo el punto de vista material. La idea es hacer un abordage del Proceso Penal a la luz de la Constitución y de los principios constitucionales aplicables a esa rama del Derecho. La búsqueda inicial fue hacer un paralelo entre los principios, la Constitución y lo proceso de manera a preparar al lector para la importancia del abordage constitucional del proceso a través de los principios, inicialmente como elementos que cosen y basan esa relación. Fue demostrado, de una manera preliminar, sin la pretensión de profundidad, la evolución de las garantías constitucionales de su relación com el Estado de Derecho a su inserción en el sistema brasileño, para entonces, presentarlos como fundación del proceso penal y los peligros de su supresión à la vista del argumento de la severidad de la persecución penal com vistas al combate a la proporción del crimen y la violencia. Prevaleció, así, el estudio del proceso legal debido como la garantía constitucional del proceso penal por excelencia, y sobre esa garantía fuera consagrado un capítulo entero, aun demostrando, a través de jurisprudencia reciente, la incidencia de actuaciones irrespetuosas o indiferentes al proceso debido, comprometiendo el logro de la justicia. Así, la parte deontologica del trabajo fue acabado y se preparo el lector para la tercera parte, más projima a una ontologia del proceso penal. Finalmente, empezó el adentramiento en el campo de la práctica procesual penal, y, bajo una óptica foucaultiana, intentó analizar las relaciones de “saber-poder” que involucra el proceso penal y empieza de las marcas que traen o puedem traer a los operadores del Derecho, desde suyo vivir en sociedad, así como empezando de la imagen que la sociedad tiene de esos operadores. Esos factores, llamados “normalización social”, la fuente más grande de la burocratización y del bacharelismo que afecta a muchos operadores del Derecho, há estado determinando un “antidemocracia” del proceso, y hecho com que los principios constitucionales dejen de ser observados en la práctica procesual penal. La Ley presenta fallas inconstitucionales, ya que, en varios aspectos, retrógrada y reaccionaria. Si no hay, por parte de los operadores del Derecho, y sobre todo de los Promotores de Justicia, titulares de la persecución penal, y de los Jueces, aplicadores de la Ley, una comprensión en el sentido del fiscalizar y hacer efectivos los preceptos constitucionales en el proceso penal, se tendrá, todavía, durante mucho tiempo, una Constitución se olvidada en el proceso penal que, de presupuesto esencial de la búsqueda de un *optimum* de justicia, continuará siendo, en muchos casos, sólo una forma de legitimar la imposición vertical de la pretensión punitiva.

“Sim, meu filho, o homem é pau para toda a colher, desde que nasce até que morre está sempre disposto a obedecer, mandam-no para ali, e ele vai, dizem-lhe que pare, e ele pára, ordenam-lhe que volte para trás, e ele recua, o homem, tanto na paz como na guerra, falando em termos gerais, é a melhor coisa que podia ter sucedido aos deuses”.

José Saramago, *O evangelho segundo Jesus Cristo*

Portanto, a liberdade é uma paixão, enquanto a vontade de ser livre é uma ação; e esta é a diferença entre mim e a pedra.

Umberto Eco, *A ilha do dia anterior*

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	V
RESUMO.....	VI
RESÚMEN.....	VII
SUMÁRIO.....	IX
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I.....	9
O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A CONSTITUIÇÃO.....	9
1.1. <i>Princípios, Constituição e processo</i>	9
1.1.1. Sobre o papel do processo.....	9
1.1.2. Sobre o papel da Constituição.....	14
1.1.3. Sobre os princípios, a Constituição e o processo.....	25
1.2. <i>Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual</i>	37
1.3. <i>Direito Processual Penal: um direito público</i>	43
1.4. <i>Acerca das garantias constitucionais do processo penal</i>	53
1.4.1. Garantias constitucionais e Estado de Direito.....	53
1.4.2. Garantias constitucionais, direitos fundamentais, e garantias institucionais.....	58
1.4.3. Garantias constitucionais no Brasil: um resumo histórico.....	70
1.4.4. garantias constitucionais como fundamento do processo penal.....	87
1.4.5. garantias constitucionais: uma abordagem crítica.....	93
CAPÍTULO II.....	102
O DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	102
2.1. <i>Breve notícia histórica</i>	102
2.2. <i>Devido processo penal</i>	113
2.2.1. Sentido material do devido processo (substantive due process).....	115
2.2.2. Sentido processual do devido processo (procedural due process).....	126
2.2.3. Exemplos da cláusula do devido processo no direito estrangeiro.....	130
2.3. <i>Corolários diretos do devido processo penal</i>	145
2.3.1. ampla defesa e contraditório.....	149
2.3.2. Aspectos da ampla defesa e contraditório na prática processual penal.....	164
2.3.2.1. Contraditório: a imprescindibilidade de defesa técnica.....	168
2.3.2.2. Recursos e o direito à defesa.....	173
2.3.2.3. regressão de regime de cumprimento de pena e ampla defesa.....	176
2.3.2.4. Outros aspectos: meios de prova, sentença e interrogatório.....	178
CAPÍTULO III.....	202
A RELAÇÃO (IN)CONSTITUCIONAL: PROCESSO PENAL E SEUS PROTAGONISTAS.....	202
3.1. <i>O “saber-poder” no processo penal</i>	202
3.1.1. O Magistrado: do “poder-dever” ao “saber-poder”.....	218
3.1.1.1. Sobre o conceito de jurisdição.....	219
3.1.1.2. Sobre o conceito de judicialização (o bacharelismo).....	235
3.1.1.3. Do “poder-dever” ao “saber-poder”.....	249
3.1.2. O Promotor de Justiça: o saber como imposição do poder.....	256
3.1.2.1. Uma abordagem deontológica da função ministerial.....	267
3.1.2.2. A incompatibilidade ontológica: parte processual/fiscal da lei.....	273
3.1.3. O Acusado: o saber como medida da submissão.....	283
3.1.3.1. Qual acusado?.....	291
3.1.3.2. O acusado: objeto ou parte no processo?.....	300
3.2. <i>Por um processo penal constitucional</i>	304
CONSIDERAÇÕES FINAIS:.....	308
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	313

INTRODUÇÃO

O estímulo à realização do presente trabalho surgiu da prática da advocacia criminal, pelo seu autor, bem como a linha que jurisprudência e doutrina têm tomado nos últimos anos, mormente após o advento da Constituição de 05 de outubro de 1988. Havia alguns questionamentos, algumas angústias que insistiam em incomodar, muitas delas constituídas até em lugares-comuns, tais como: no processo penal, as chances de sucesso do pobre e do rico são as mesmas num caso semelhante? Há casos semelhantes envolvendo pobres e ricos no processo penal? O tratamento dispensado aos menos afortunados econômica e/ou intelectualmente é o mesmo que se dispensa aos “bem-nascidos” e intelectuais? Estas foram questões iniciais que estimularam os primeiros passos do trabalho empreendido.

Todos esses questionamentos, para que se os lançasse à pesquisa com um mínimo de cientificidade, teriam de encontrar um ponto de partida, e esse ponto, foi verificado, não se encontra no processo penal no seu sentido tecnodogmático, senão a partir de uma visão constitucional sobre o mesmo, por isso, a análise do devido processo penal, notadamente, em seus corolários diretos quais sejam, o contraditório e a ampla defesa.

Encontrado o caminho a percorrer, lançou-se o problema: existe efetivamente, por parte do Estado e operadores do Direito, de forma geral, uma observação e aplicação da garantia constitucional do devido processo legal (penal) na prática processual brasileira? Mais: existe um caminho que possa assegurar maior eficácia às garantias constitucionais do processo, ou fazê-las valer, no caso de constatada uma ampla ou relativa inobservância de tais garantias na prática processual penal brasileira?

Pois bem. Sem deixar de reconhecer o crescimento do número de operadores do Direito, dentre eles, promotores de justiça e magistrados, com novas idéias, mais progressistas, mais democráticos, e, portanto, mais afeitos ao uso do Direito tido como “relação”, na prática processual ainda se constata a grande influência de pensamentos arcaicos, reacionários, muitas vezes camuflados de “boa-intenção”, que interferem negativamente na relação entre Estado e acusado. Tal interferência decorre de vários fatores: a) o chamado “bacharelismo” (que aqui, calcando-se em precedentes doutrinários de Eugênio Raúl Zaffaroni, chamou-se por vezes de burocratização, outras tantas de judicialização), ainda imperante na mentalidade jurídica brasileira; b) a relação de poder imposta pelos órgãos do Estado atuantes no processo penal (Ministério Público e Magistrados) que transforma o respeito em submissão pura e simples, interferindo decisivamente na individualidade do acusado e, fatalmente, comprometendo sua defesa; c) o resquício meramente acusador ainda presente em setores do Ministério Público, e d) o anseio, por parte do Estado, em prestar satisfação a uma sociedade impingida de preconceitos e visões mitificadas dos operadores do Direito, aliado a uma legislação falha, ambos legados de uma mentalidade penal meramente retributiva, maciçamente presente, também, no senso-comum.

Tais fatores, às vezes conjuntamente, às vezes combinando-se um e outro, provocam na rotina processual, a supressão de garantias constitucionais do acusado, inerentes ao devido processo penal, notadamente, ao acusado oriundo das frações mais pobres da população (tanto pelo aspecto econômico em si, quanto pelo nível intelectual), que representa a grande clientela do sistema.

É evidente que o crescente ingresso e promoção às instâncias superiores, ano após ano, de profissionais afeitos ao progresso emancipatório do Direito, o

avanço, ainda insuficiente, mas perceptível, da consciência geral na luta pelos direitos humanos, uma reforma na legislação processual penal, mormente na crescente constitucionalização desse ramo do Direito (o que não implica numa criação, mas numa descoberta), são fatores que têm levado a uma observação mais atenta e conseqüente efetivação processual da garantia do devido processo penal, contribuindo sobremaneira na consecução de um processo penal mais paritário e humano. Entretanto, o resquício reacionário ainda existe.

É que, muitas vezes, o “saber” é fator preponderante na relação Estado/acusado, onde serve como imposição (verticalização) de autoridade, ou, onde, pelo lado do acusado que detém maior saber (ele mesmo ou através de advogado), serve para sua garantia de que sejam respeitados os seus direitos fundamentais. Aliás, nesse segundo caso, não é necessária nem mesmo a exigência de obediência ao Direito, já que o respeito que lhe é dispensado é natural. Mas por quê?

O discurso do saber-poder preconizado por Foucault (no qual se balizam vários pontos deste trabalho), discurso esse que já vem dominando o Direito desde a Antigüidade, ainda persiste, porém, de forma muitas vezes mascarada.

Percebe-se, ainda, na prática forense, que, em muitos casos (repita-se, especialmente quando o acusado vem das classes mais pobres) vários princípios constitucionais do processo penal não passam de letra morta, de conceitos meramente deontológicos, jamais passados efetivamente para a *praxis*. O que acontece? Entre tantos outros aspectos mencionados no decorrer do trabalho, se deve lembrar que o tratamento muitas vezes dispensado ao acusado, pelo Estado (juiz, promotor de justiça, polícia) é baseado numa relação verticalizada de superioridade/inferioridade, de verdadeira disciplina militar, que o acusado, desde o início do processo é tratado como culpado, devendo desdobrar-se para comprovar a sua inocência (invertendo-se, muitas

vezes, o ônus da prova, e ignorando-se o *princípio do estado de inocência*). O que tem imperado no processo penal, não poucas vezes, portanto, é um *estado de culpabilidade*.

Todos esses fatores, inibem a efetivação de um processo penal democrático, um devido processo penal, antes até, impedem o acesso à justiça e subvertem o princípio da igualdade.

Destarte, partindo de uma pesquisa basicamente bibliográfica, com algumas inserções na jurisprudência, procurou-se aqui traçar alguns dos que seriam os fundamentos básicos de um processo penal democrático, para então passar pelo estudo do devido processo legal até chegar à atuação dos operadores do Direito e alguns comportamentos que os levam a um agir antidemocrático no processo.

O Capítulo I, cuida de estabelecer uma relação entre o processo penal e a Constituição a partir do viés principiológico. Como bem salientou ZAGREBELSKI: *Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios (y aqui interesan en la medida en que son principios). Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley.*¹ Desta forma, se procura demonstrar que o que liga o processo penal à Constituição são os princípios, e se os princípios são a base de todo o sistema constitucional (confundindo-se muitas vezes com as normas constitucionais, mormente as de processo penal), e, se são justamente os princípios, a fonte de ligação do Direito Constitucional com os demais ramos das ciências humanas, não há como fugir da idéia de que

¹ - ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 109-10

o operador do Direito, para bem cumprir a função precípua do processo penal, deve transcender a barreira estritamente dogmática e formalista, portanto, dogmatista, e avançar sobre a esfera principiológica.

O objetivo central fincou-se na idéia de analisar os comportamentos processuais que poderiam levar à inobservância do devido processo. Todavia, uma análise pormenorizada do devido processo legal demandaria um trabalho específico, próprio, fugindo aqui da proposta inicial. Assim, introduzindo o leitor no estudo do *due process of law*, optou-se por traçar um panorama geral de sua origem histórica, as modalidades conhecidas e a sua inserção no Direito Constitucional de alguns países, dando-se uma certa prevalência para a observação de países ocidentais e especialmente destacando alguns da América Latina, pela relação sócio-econômica com a realidade brasileira. Finalmente, destacou-se o que se chamou de *corolários diretos do devido processo penal*, ou seja, a ampla defesa e o contraditório, depositando aqui uma maior atenção, pela importância e abrangência que essas duas garantias têm dentro do contexto do *due process*, bem como pela pertinência prática com o objetivo visado. Assim, a proposta é localizar o leitor nos conceitos básicos dessas garantias, para depois, através do auxílio jurisprudencial, demonstrar alguns momentos de sua inobservância na prática processual penal brasileira, do que se utilizou de casos julgados nos dois últimos anos (1998/99).

O Capítulo III, é o que se pode chamar de parte ontológica, ou, para lembrar Foucault (cujas idéias influenciaram todo o Capítulo, as quais foram, inclusive, inspiração para a criação de algumas categorias como o que se chamou de “comodismo crônico” e “automatismo jurídico”) uma análise genealógica. E se diz genealógica, na linha de Foucault, porque, do que se constatou, partiu-se de apropriações doutrinárias bem como observações

práticas sem uma possibilidade de constatação definitiva, de uma verdade absoluta. Na genealogia de Foucault prevalece a observação e a crítica a partir de comportamentos e sua adequação (ou não) ao desenrolar da engrenagem histórica bem como às manifestações visíveis ou enunciáveis do sistema analisado. Não tem a pretensão de verdade; tem a pretensão de advertência.

Bem por isso, que as palavras de FOUCAULT foram definitivas no encorajamento desta empresa, e, provavelmente, definem com precisão a proposta que aqui é feita: *O sábio grego, o profeta judeu e o legislador romano continuam a ser modelos que assediam aqueles que, nos nossos dias, fazem profissão de falar e escrever. Sonho com o intelectual destruidor das evidências e das universalidades, aquele que assinala nas inércias e coerções do presente, os pontos de fraqueza, as aberturas, as linhas de força, aquele que, sem cessar, se desloca, que não sabe ao certo onde estará ou o que pensará amanhã, porque está por demais atento ao presente; aquele que contribui, onde estiver de passagem, para pôr a questão de saber se a revolução vale a pena, e qual (quero dizer: qual revolução e qual pena), dando-se por entendido que só podem responder-lhe aqueles que aceitem arriscar a vida para a fazerem.*²

Estas palavras é que dão coragem para, mesmo reconhecendo o trabalho e a consciência de muitos profissionais do Direito, advogados, juizes, promotores de justiça, que honram as suas funções, desempenham-nas com dignidade e competência, humildade e respeito pelos ditames da Carta Magna mormente em relação aos direitos fundamentais, criticar também os operadores do Direito que, pretensos semideuses, desvirtuam os princípios constitucionais do processo, e inibem quando não tolhem por completo a dignidade do ser

² - FOUCAULT, Michel. *Le nouvel observateur*, n.º 644, *apud* EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993, p. 17.

humano submetido a julgamento, lembrando-se apenas de fazer prevalecer a sua prepotência, o seu bacharelismo, as suas vaidades, as suas neuroses, as suas idiossincrasias.

É bem verdade que a inobservância dos princípios constitucionais no sistema penal já fora questionada alhures (mormente pelos criminólogos: Baratta, Radbruch, Hulsmann etc.), mas o que se pretende apontar com vigor neste trabalho é o *comodismo crônico* que se verifica diante de tais inobservâncias. Todos vêem, mas poucos se levantam contra.

Esse comodismo às vezes parece ser herança do positivismo comteano pregador da “sábia resignação” e da “irresponsabilidade digna”, às vezes da indiferença própria do liberalismo individualista pequeno-burguês, às vezes, e, acredita-se, na maioria delas, do interesse na manutenção do *status quo*, ou seja, da imposição do poder através do saber e da forma pura e especificista, já que a Constituição, por característica própria, prima pela generalização, generalização esta que, no mais das vezes (e principalmente em relação aos direitos individuais) carece de uma interpretação tópico-concretizadora, para além da gramaticidade e logicidade lineares.

Por isso, o grande estímulo à realização desse trabalho foi justamente estudar os vários aspectos que influenciam a relação processual penal, postos em conflito com a garantia do devido processo penal (especificamente no contraditório e ampla defesa), notadamente junto aos acusados oriundos das camadas mais pobres e menos intelectualizadas.

Embora existam várias e boas obras que tratem dos princípios constitucionais do processo penal, tratam elas, no mais das vezes, de estudos basicamente deontológicos, não havendo ainda um estudo aprofundado sobre o viés que aqui se pretendeu abordar, ou seja, questionando a efetividade prática

e usual desses princípios, e teorizando sobre as causas de sua eventual inobservância.

Seja ressaltado que a visão aqui pretendida, embora buscando a crítica, está pautada a partir do Direito Constitucional. O que se quer dizer é que não se trata de um trabalho de um processualista pretendendo esmiuçar seu objeto à luz dos preceitos da Constituição da República. O que se pretende é apresentar um trabalho de um estudante do Direito Constitucional, um humilde defensor da Constituição, que tem, aqui, a petulância de engendrar na área do processo, como que um fiscal em exercício. Um estrangeiro a procurar as influências de sua cultura na ora pesquisada.

Reconhece-se que a tarefa pode ter sido ingrata. É que, pelo possível não aprofundamento na técnica processual (nos moldes habituais), os processualistas poderão impingir o trabalho do estigma de reducionista e/ou limitado. Por outro lado, dos constitucionalistas resta esperar que compreendam a inevitabilidade do engendramento na técnica processual em detrimento da teoria constitucional geradora.

Buscou-se, na medida do possível, um meio-termo satisfatório, um ponto equidistante entre o aprofundamento técnico processual e a teoria constitucional, esta, o ponto de partida e de chegada do estudo aqui empreendido. Eis a dificuldade estimulante do presente trabalho: fazer-se entender pelos gregos, sem ofender os troianos...

CAPÍTULO I

O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A CONSTITUIÇÃO

1.1. Princípios, Constituição e processo

A idéia de iniciar o presente trabalho com a tentativa de estabelecer uma interface entre *princípios, constituição e processo*, parece de importância fundamental quando se pretende chegar ao estudo do “devido processo legal (penal)” por uma perspectiva ontológica.

Por uma lógica nomodinâmica natural, começar-se-ia por falar dos princípios, depois, de sua inserção e fundação da Lei Maior, para, finalmente, descer-se até o processo. Mas a idéia aqui não é essa. O tópico presente será iniciado e desenvolvido pela ordem inversa, o que, apesar de heterodoxo, parece coerente, até porque, pretende-se coroar a comunhão processo/Constituição exatamente com a idéia dos princípios. A didática, às vezes, está no inusitado...

1.1.1. Sobre o papel do processo

Destarte, e iniciando, pode-se dizer que quanto ao *processo*, ou seja, o *conjunto orgânico e teleológico de atos jurídicos necessários ao julgamento ou atendimento prático da pretensão do autor, ou mesmo de sua*

*admissibilidade pelo Juiz*³, não se pode mais pensar no mesmo, notadamente em processo penal, sem se pensar na *Constituição* como pano de fundo de toda a sua estrutura e objetivos. Não se trata de redundar no óbvio, argumentando-se que a Constituição, como ponto de partida, como fundamento máximo da ordem jurídica do Estado, deve estruturar qualquer ramo do direito positivo local. Não. A afirmação que aqui se pôs pretende ir mais além, e a transcendência pretendida, acredita-se, está na visão principiológica, ou seja, a partir dos *princípios*...

Essa conclusão é lógica a partir do momento em que é sabido que o processo penal não se presta (tal como o processo civil, às vezes) a reconstituir uma situação passada, a consertar um erro, reparar um dano ou constituir uma nova situação que represente uma solução para uma discussão das partes⁴. Na

³ - JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal; estudos e pareceres*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 39. Adotamos aqui esse conceito no sentido de, desde já, sem pormenorizar o estudo quanto ao processo como um todo, também evitar a discussão da existência de lide no processo penal, o que, segundo Helio Tornaghi, é desimportante para a existência ou não do processo em si, que se caracteriza mais pela pretensão exposta à jurisdição do que propriamente pela resistência. Sobre, v. TORNAGHI, Hélio B. *A relação processual penal*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 85., citado, também por Jardim. Ressalte-se que nem todas as opiniões esposadas por Jardim na obra citada são compartilhadas por nós, entretanto, no sentido aqui pretendido, o conceito parece-nos adequado.

⁴ - A controvertida discussão aventada na nota anterior, quanto à lide, estende-se também à existência ou não de partes no processo penal, o que é tratado com detalhes por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In : *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, *passim*. Mas, o sentido aqui pretendido é o mesmo utilizado por Francesco Carnelutti in: *As misérias do processo penal*, Campinas: Conan, 1995, p. 31., 1ª parte, qual seja: *Nós dizemos que frente ao juiz estão as partes. Denominam-se partes os sujeitos de um contrato: por exemplo, o vendedor e o comprador, o locador e o locatário, o sócio e o outro sócio; e, por igual, os sujeitos de uma lide. O credor quer fazer-se pagar e o devedor, que não quer pagar; o proprietário que quer a devolução de sua casa e o inquilino, que quer continuar a habitá-la; e, enfim, se chamam também assim os sujeitos do contraditório, isto é, daquela disputa que se desenrola entre os dois defensores nos processos civis ou entre o ministério público e o defensor nos processos penais. Estes, todos quantos, se denominam assim, porque são divididos e a parte provém, justamente, da divisão. Cada um tem um interesse oposto àquele do outro. (...) cada qual puxa a água para o seu moinho.* E continua o

verdade, o processo penal trabalha com elementos de um passado no mais das vezes irrecuperável.

Por isso, já que o processo penal não apresenta uma solução ao problema posto em questão; já que ele não tem o condão imediato de reparar o dano (muitas vezes, repete-se, irreparável), se não o olharmos como um pressuposto de ordem constitucional a garantir, juntamente com a eventual elucidação, a segurança individual do acusado (via de consequência, a segurança de toda a sociedade, no sentido de que cada cidadão dela faz parte), não há como encontrar uma função legítima para esta criação do Direito.

É que as acepções mais modernas⁵ vêem no processo, não aquele direito meramente adjetivo — como já se apregooou, e muito, aliás, nas faculdades por esse Brasil afora —, um ramo eminentemente técnico como forma dirimente das lides oriundas de inobservância ou discrepâncias interpretativas concretas do direito material. O processo sempre foi mais que isso. É através do processo que o direito material se “concretiza” — para usar uma expressão de Hesse⁶ —, se torna vivo e, quando não exigível, cobrável das partes, sejam elas particulares entre si ou particular e Estado.

professor italiano, completando que parte é mais do que está aí mencionado, apenas para concluir que *na parte convergem o ser e o não ser*, ou seja, que cada parte é cada um, tudo sem mudar a essência do que fora dito acima, e, tão somente, para incluir o julgador, também, e de certa forma, no conceito de parte, polêmica que não pertine ao momento. Todavia, alguns aspectos inerentes serão percorridos no Terceiro Capítulo deste trabalho. Nunca é demais lembrar, porém, apesar da extensão desta nota, que o próprio Carnelutti, em outro momento, quando analisa a relação processo civil-processo penal, trata da lide e partes no processo penal de outra maneira, negando até a sua existência. V. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEJA, vol. I, 1956, p. 54-55.

⁵ - Dentre as quais podemos destacar que compartilham Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Afrânio Silva Jardim, José Frederico Marques, os quais, entre outros, serão necessariamente citados no decorrer do trabalho.

⁶ - HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Colección “Estudios Constitucionales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

Já lembrava o saudoso FREDERICO MARQUES: *“No Estado de Direito, o processo não é simples conjunto de regras subalternas para a aplicação do direito material. Se assim fosse, o procedimento poderia vir contido em decretos e regulamentos para a fiel execução da lei, tal como se lê no artigo 87, n.º I, da Constituição Federal • Na Constituição Federal de 1988, a disposição retro mencionada encontra-se no artigo 84, inciso IV. •”*⁷

Com efeito, o processo não implica apenas na aplicação, mas muito mais que isso, ou seja, a **vivificação** do direito material, que, sem aquele, não passaria de mero símbolo escrito, inapto à resolução dos conflitos. Isso não implica, evidentemente, numa visão meramente instrumental. A idéia é que ambos estabelecem entre si, uma verdadeira comunhão de propósitos (embora implícita) cujo fim último é a realização do Direito.

Como se vê, existe aí uma interdependência, como o próprio FREDERICO MARQUES, apontou em outro momento de luz, que, apesar da extensão, imperioso transcrever: *A verdade, porém, é que tão instrumental é a norma de processo, em face da norma do chamado direito material, como a norma deste em face da norma processual. As normas processuais têm por objeto regular o exercício da jurisdição pelas vias processuais, a fim de se compor ou resolver um litígio. E para esse fim, o órgão jurisdicional, dentro do processo, usa da norma penal, ou de direito privado, ou de direito constitucional etc., como instrumento para resolver o litígio a dar a cada um o que é seu. Nem o Direito Processual, nem a norma processual têm caráter instrumental, uma vez que, no processo, a função do juiz, como órgão da jurisdição, é a de compor ou resolver litígios – o que mostra haver conteúdo*

⁷ - FREDERICO MARQUES, José. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p.81. A nota marcada com o símbolo (•) foi introduzida por Vitor Hugo Machado da Silveira, responsável pela atualização da obra.

*próprio, com estruturação bem específica, tanto no processo, como na atividade jurisdicional, das normas a que estão subordinados*⁸.

Trazendo a questão para o terreno do direito processual penal, ganha o processo importância significativa, eis que outorga ao Judiciário a legitimidade (no sentido amplo da palavra) para decidir sobre bem inalienável do homem, qual seja, a liberdade.

Neste sentido, ADOLFO GELSI BIDART aponta: *El “poder” podría – há podido, lo cual significa que aún lo hace y lo hará – elegir otros medios en la “defensa de la frontera” de la civilidad y cuando esto acontece, a menudo se está eligiendo el factor que sirve a algo no comprendido en el difícil concepto evocado (“civilidad”). b) Solo una concepción integral del Derecho, cuyo test o síntoma fundamental se advierte justamente en estas zonas límites de la convivencia social, fundamenta la necesidad de un proceso penal. Pues permite la defensa, la garantía (el “garantismo”) del imputado, e impone a todos y, en especial a la autoridad interviniente, un modo “civil, propio de los ‘cives’”, de actuar para determinar lo que há ocurrido y cómo há de ponerse remedio a la situación existente*⁹. Essa visão integral mencionada por Bidart, evidentemente está no aspecto constitucional (garantia), visando a consecução de um processo dentro dos moldes da legalidade, justiça e igualdade.

Nota-se, então que, quando se proclama a “visão integral”, reconhece-se o papel formal do processo, eis que necessário o procedimento e suas regras

⁸ - FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. I, p. 48. No mesmo sentido, ainda que denominando o direito processual como adjetivo, ver RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, 6. ed., Coleção Stvdivm, temas filosóficos, jurídicos e sociais, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, p. 341-6.

⁹ - BIDART, Adolfo Gelsi. *Proceso penal: aproximacion a los fundamentos*. Montevideu: FCU, 1996, p. 21.

para que seja observada a necessária ordem a fim de conseguir a composição do problema penal posto em questão. Todavia, nem só de tecnicismo vive o processo penal, já que, a pauta ética, justamente esta, que o liga à Constituição é nota fundamental de sua existência. Nesse sentido, FREDERICO MARQUES, mais uma vez, agora definindo o processo e traçando as características da norma processual penal, conclui todas as idéias esposadas aqui, neste tópico: *Se é exato que o procedimento tem decisivamente caráter técnico, cumpre não esquecer que o modus faciendi dos atos processuais (e respectiva coordenação) está intimamente preso ao sentido finalístico do processo. A técnica procedimental deve encontrar-se a serviço da função que tem o processo, para que este possa compor, com justiça, os litígios penais, dando a cada um o que é seu. O processo é instrumento de atuação estatal vinculado, quase sempre, às diretrizes políticas que plasmam a estrutura do Estado. Impossível, por isso, subtrair a norma processual dos princípios que constituem a substância ética do Direito e a exteriorização de seus ideais de justiça.*¹⁰

1.1.2. Sobre o papel da Constituição

Da conclusão acima, é que surge, num primeiro momento, a Constituição, representada pelas **garantias constitucionais do processo**, tidas, a princípio, como instrumentos de controle e limitação da atuação do Estado na investigação e julgamento das causas de natureza penal.

É a partir do surgimento das garantias constitucionais do processo que a relação constituição/processo penal começa a tomar significado, respaldada na idéia de que o limite reconhecido e garantido da atuação do Estado nos casos

¹⁰ - FREDERICO MARQUES, José. *Tratado...*, p. 49.

penais sob apreciação de seus órgãos é o ponto chave de sua relação com a Carta Magna.

Nesse sentido, esclarece AFRÂNIO SILVA JARDIM quando coloca: *Sob certo aspecto, o processo penal representa mais uma forma de autolimitação do Estado do que um instrumento destinado à persecução penal*¹¹. É evidente que, aqui, o mestre do Rio de Janeiro refere-se às garantias constitucionais do processo penal.

Com efeito, pela própria natureza do processo penal e seu campo de incidência (o trato com a liberdade, e a vida em algumas legislações), temos que, as garantias constitucionais do processo penal dizem respeito, justamente, aos direitos fundamentais, limitando a esfera de poder do Estado (Administração, Ministério Público e Judiciário) aos marcos desses direitos.

Entretanto, a idéia que irá permear todo o presente trabalho parece afastar-se um pouco dessa visão eminentemente liberal. O que se quer dizer é que, de fato, o processo penal tem sim esta função limitadora, e suas características tem deixado isso muito claro. Porém, o que se pretenderá demonstrar adiante, a partir de uma análise foucaultiana da relação de saber-poder envolvendo os atores do processo penal, é que essa visão liberal do processo penal, se contrastada com a natureza das constituições democráticas modernas, notadamente a brasileira, é definitivamente insuficiente, ademais quando se sabe que a grande clientela do sistema penal, que são os menos favorecidos economicamente¹², é a que, em todas as áreas do Direito, mais

¹¹ - JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal; estudos e pareceres*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 446.

¹² - Provam isso Alessandro Baratta, Louk Hullsmann, o próprio Foucault, cujas obras serão mencionadas oportunamente, quando voltarmos a tratar desse assunto, de forma mais específica. Não se pode olvidar recente pesquisa empreendida por pesquisadora carioca, a Professora Julita Lemgruber, que apontou com precisão esse problema (v. REVISTA VEJA, Rio de Janeiro: Abril, ed. 1504, nº 28, de 16.07.97).

precisa de um alargamento da incidência dos direitos fundamentais, extrapolando os limites liberais da primeira geração¹³.

De qualquer forma, note-se que, como se colocou no início, deixa o processo de ser uma modalidade apenas técnica, adjetiva, burocrática, para, num primeiro momento, servir de catalisador ontológico do direito material e mais, de instrumento limitador do poder estatal sobre bens e direitos fundamentais do cidadão, tais como a liberdade, a incolumidade física, a dignidade enquanto ser humano, o patrimônio, a intimidade etc..

Ocorre, que a visão constitucional do processo, nessa ótica de autolimitação dos poderes do Estado e elemento vivificador do direito material, não surge como o “ovo de Colombo” dos processualistas modernos. Ela é antes uma imposição constitucional que, sob a égide do positivismo tecnicista imperante pode ter passado despercebida; pode ter sido providencialmente negligenciada (comodismo crônico e automatismo jurídico)¹⁴ ou até

¹³ - O estudo dos direitos fundamentais, apesar da inevitável menção à Revolução Francesa de 1789, donde popularizaram-se os conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, sem dúvida, foi mais difundido aqui, pela doutrina alemã, destacando-se Konrad Hesse, Carl Schmitt, Robert Alexy, Etienne-R Mbaya, entre outros. Todavia, como o presente trabalho não tem a pretensão de aprofundar-se nessa teorização, mas, necessariamente deverá abordar conceitos da teoria dos direitos fundamentais, indicamos a leitura de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, p. 514 -531. Essa leitura poderá dar uma noção básica da divisão clássica das gerações de direitos fundamentais e sua importância para a compreensão do presente estudo.

¹⁴ - *Comodismo crônico e automatismo jurídico*, são duas categorias que pretendemos utilizar durante o trabalho. Criamos essas categorias pretendendo facilitar a compreensão de atitudes constantes no cotidiano jurídico processual. Por **automatismo jurídico** entendemos todo comportamento, consciente ou não, voltado à manutenção do *status quo* processo-procedimental, verificado na rotina do operador do Direito. Veja-se o exemplo de carimbos contenedores de despachos inteiros, onde mal se lê o pedido, confiando na rotina processual vindoura; alegações preliminares que, misturadas, parecem vir todas de um só processo, pela banalização do procedimento e desatenção com a causa; tudo isso ocorre como que de forma automática, sem que nenhum ator do processo seja cobrado pelos demais, que já estão todos contaminados pelo **comodismo crônico**, elemento que demonstra que “está bom como está”, só não está bom, muitas das vezes, para o acusado...

propositadamente omitida, aspectos ontológicos com os quais se pretende finalizar o presente estudo, mas que, não podem ser alcançados sem que se demonstre aqui, a noção conceitual de Constituição que se irá adotar, bem como o fundamento principiológico que catalisa a relação Lei Maior/processo penal, envolvendo-os num liame indissociável dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e porque não dizer também, da fraternidade.

Assim, BIDART mais uma vez preciso quanto à existência do processo penal encontrar explicação tão somente no sentido garantista, e mais, para além de liberal: *Un remedio ineficaz en cuanto al pasado, claro está (no puede desandarse lo hecho); que solo parcialmente sirve al presente, en la medida en que se utilicen de forma adecuada los medios disponibles; tal vez influyente en el siempre incierto porvenir. c) Aquí, por ende, se abre la perspectiva del “Estado social de Derecho” y la preocupación actual acerca de los derechos y deberes humanos y de sus garantías peculiares.*¹⁵

De qualquer forma, uma coisa fica explícita: a presença da Constituição na prática processual penal é imprescindível. É imprescindível porque a Constituição, pela honra ao próprio nome que ostenta, está presente em tudo o que diz respeito ao ordenamento jurídico local, por ser, justamente, o seu elemento fundante. Ora, a Constituição, documento maior de uma comunidade constituída em Estado, é o estatuto norteador de uma sociedade, suas crenças e suas metas. É pela Constituição que se estabelece a relação entre governantes e governados dentro de um território constituído em Estado, justamente pela continência desses três elementos: território, governantes e governados. É, na Carta Maior que se estabelecem os princípios fundamentais, a carta de direitos e deveres dos cidadãos governantes e governados, a gestão do patrimônio estatal, a divisão das rendas e competências e as diretrizes

¹⁵ - BIDART, Adolfo Gelsi, op. et p. cit.

tecno-principiológicas para a criação e recriação tópico-normativa do Direito local.

Mas não é só. Do ponto de vista do processo penal especificamente, nada melhor do que as palavras de um processualista da mais alta estirpe, já tão mencionado (e nunca o suficiente!) para descrever a Lei Maior: *Pela preeminência em que se situa na taxinomia das normas legais, a Constituição não só traça preceitos que funcionam como fontes normais de diversos domínios da regulação jurídica, como ainda se apresenta com os predicados de fonte material em que o legislador vai abeberar-se para construir regras e mandamentos destinados a disciplinar legalmente as relações de vida e fatos sociais submetidos aos incoercíveis imperativos da ordem estatal.*¹⁶ E, não contente, demonstrando sua veia de constitucionalista, mais do que apta a corroborar a idéia de tópico a seguir do presente estudo, no sentido da inter-relação processo-constituição, o mestre, para lastrear seu “Tratado...”, lembra Francisco Campos: *No direito brasileiro (...) a Constituição não é apenas um certo número de preceitos cristalizados em artigos ou parágrafos, e sim, uma unidade estrutural, um valor de cultura, um conjunto orgânico e sistemático de carácter normativo sob a inspiração de um pensamento diretor.*¹⁷

Mas, pela linha apontada no parágrafo anterior, há que se perguntar: qual constituição?

A pergunta encontra respaldo a partir do momento em que, embora há pouco mencionado o seu carácter de geração normativa, é também, característica de toda e qualquer constituição transcender a esse dito carácter, do ponto de vista em que todos os valores políticos e orientações ideológicas¹⁸ de um Estado ali estão contidos. Portanto, quando se guia um estudo pelo viés

¹⁶ - FREDERICO MARQUES, José. *Tratado...*, p. 88-89.

¹⁷ - Idem, *ibidem*.

¹⁸ - *Ibidem*.

constitucional, há que se questionar, antes, dadas as ideologias mesmas que campeiam pelo Direito, e, via de consequência, pela sua interpretação e da própria Carta Magna, repete-se, há que se questionar de qual conceito de constituição se está falando.

Assim, para se iniciar o estudo, diante dos tantos conceitos de constituição, parece razoável que se empreste para o momento, à guisa de ponto de partida, as palavras de GOMES CANOTILHO: *O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas*¹⁹.

E prossegue o professor português: *A complexa articulação da “textura aberta” da constituição com a positividade constitucional sugere, desde logo, que a garantia da força normativa da constituição não é tarefa fácil, mas se o direito constitucional é direito positivo, se a constituição vale como lei, então as regras e princípios constitucionais devem obter normatividade (...) regulando jurídica e efectivamente as relações da vida (P. HECK) dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamento (LUHMANN)*²⁰.

Essas “relações da vida”, e, conjuntamente, essa intermediação indivíduo/Estado, partindo-se do pressuposto da autolimitação do Estado é idéia que permanece presente sempre que se pretende conceituar as constituições modernas e muitas das matérias que com elas têm uma relação mais íntima, tal como o processo penal.

¹⁹ - GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 183.

²⁰ - Idem.

Da idéia liberal nascida com a Revolução Francesa e seu confronto com a realidade industrial do início do presente Século surgiram os conceitos de constituição formal e material. Tais divisórios nada mais são do que meios de tentar separar o que realmente seria constituição (sentido material) e o que, apesar de contido formalmente na constituição, ou seja, no texto escrito, não seria matéria constitucional (sentido formal), o que, como sabemos, tinha — e tem ainda, porque essa idéia ainda encontra adeptos — relação direta com a rigidez constitucional, questionando o procedimento de reforma de normas ali contidas a partir da sua característica (formal ou material).

Embora essa diferenciação ainda recheie os manuais de direito constitucional atuais²¹, não sem razão, dada a importância didática, parece esvaziado o seu objetivo quando se pretende, aqui, dar a abrangência necessária que uma constituição democrática atual deve efetivamente alcançar²², ainda que, por ter essa distinção uma relação íntima com as

²¹ - V. p. ex. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 63-4; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., rev., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41-2 e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 42-6, entre outros.

²² - O próprio José Afonso da Silva faz questão de assinalar em seu clássico *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2.ed., São Paulo: RT, 1982, p. 35, o descabimento dessa linha. Vejamos suas palavras: *Certa doutrina sustenta que existem, na constituição, regras que não tem natureza de direito constitucional. Há até quem negue natureza jurídica a algumas disposições das constituições contemporâneas, como seriam exemplos aquelas dos arts. 179, parágrafo único, e 180 da Constituição Federal [refere-se o autor, evidentemente, à Constituição de 1967] respectivamente: a) o Poder Público incentivar a pesquisa científica e tecnológica; b) o amparo à cultura é dever do Estado. Diz-se que disposições, como essas, não são sequer normas jurídicas, mas só um programa de normas jurídicas futuras, e só têm valor político ou ético. Essa posição assenta-se numa distinção muito radical entre direito constitucional material e direito constitucional formal, e numa interpretação errônea da imperatividade das normas jurídicas... E segue o autor, à p. 39: Se uma constituição é um documento jurídico, um sistema normativo, e fundamentalmente jurídico, não forma sentido admitir que, nesse conjunto normativo, existam disposições não jurídicas, meramente diretivas e indicativas, como se sustenta para as normas programáticas.* No mesmo sentido, v. DOBROWOLSKI, Silvio. *Os meios*

chamadas normas de princípio programático, possa parecer impertinente ao processo penal.

É que, a própria distinção apontada é, não só, fruto, como também, elemento mantenedor da ideologia liberal, a mesma que coloca o processo penal como um alargamento do direito constitucional, mas alargamento apenas com mero objetivo de autolimitação. Como já foi dito atrás, o processo penal é sim tudo isso, mas mais ainda. O que se pretende demonstrar doravante é que o simples fato de as normas constitucionais relativas ao processo penal terem, por definição constitucional, desde a sua criação, a prerrogativa da aplicabilidade imediata (v. art. 5º, parágrafo primeiro, CF), por fazerem parte do rol dos direitos fundamentais, não limita essas normas e o processo penal como um todo à esfera liberal, eximindo o Estado da participação ativa nos direitos fundamentais da igualdade (2ª geração) e principalmente da fraternidade – cabendo aqui, melhor, o termo **humanidade** – (3ª geração), no âmbito processual penal.

Para que se avance na interface constituição/processo e atingir a *meta optata*, qual seja, demonstrar a sua relação a partir não só dos direitos fundamentais da liberdade, mas também dos direitos da fraternidade, é preciso que se busque um conceito que ultrapasse até o conhecido conceito sociológico de Constituição, para depois, via de consequência, chamar o Estado a participar do processo, não como o faz atualmente: exercendo o *jus persecuendi* e o *jus puniendi* dentro de limites garantidores dos direitos fundamentais. Isso é pouco...

É preciso que o Estado participe ativamente na concretização daqueles direitos, fazendo com que, no mínimo, todos (todos!), quando chamados ao

processo penal na qualidade de “réu”, possam se apresentar em igualdade efetiva de condições perante o desenvolvimento deste processo. Que todos sejam tratados de forma realmente igual e humanitária pelo julgador, pelo órgão acusador e pelos serventuários da Justiça e que o processo possa realmente ser visto como instrumento de elucidação e não como instrumento de legitimação do poder inquisidor do Estado.

A necessidade de um meio-termo conceitual aparece quando se constata que, enquanto o conceito jurídico, de teor primordialmente formal, traz um pé no liberalismo, norteando a constituição e o processo penal pela bússola individualista, onde, o Estado, todo poderoso, limita-se a não invadir os direitos dos cidadãos; por sua vez, o conceito sociológico desprende-se por demais da forma, pautando-se numa suposta legitimidade pura, oriunda do desenvolvimento histórico-cultural, sem a garantia necessária (mormente em se tratando de Constituição) da legalidade. Aqui, a *força normativa da constituição* – parafraseando Hesse, novamente – estaria, toda ela, no fato social, desvinculado até do elemento principiológico, o que está longe de ser verdade, diria até, infelizmente.

Não foi à toa, por isso, que se iniciou aqui a busca de uma conceituação de constituição em Canotilho, pois, como citado anteriormente, o professor português, declaradamente com um pé na teoria de Hesse, deixa clara a necessidade da atenção na normatividade, ou força normativa da constituição, não sem acrescentar, antes, como componente constitucional, sua função de garantir direitos fundamentais e individualizar fins e tarefas²³.

Ora, essa garantia dos direitos fundamentais não pode ser vista isoladamente da função compromissória da constituição, ou seja, individualizar fins e tarefas, porque ambas estão coroadas de normatividade constitucional.

²³ - GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 183.

Com efeito, cabe ao aplicador da lei, no curso do processo penal, estar imbuído do compromisso de garantir a consecução dos fins e tarefas, quais sejam, na nossa linha de raciocínio, a efetivação dos meios mantenedores da igualdade processual, tudo isso através de uma visão humanitária da condução do processo mesmo.

Mas, se o conceito de Gomes Canotilho puder ser tido ainda como insuficiente a atingir o fim aqui pretendido, será encontrado em HESSE, de onde, como já foi dito, o mestre de Coimbra baseou seu conceito, a resposta procurada: *La constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Consitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto. En todo ello es la Constitución “el plan estrutural básico, orientado a determinados principios de sentido para la conformación jurídica de una Comunidad”*²⁴.

O conceito hesseano de constituição parece então ser uma evolução do conceito meramente jurídico, com uma ponta de social (com um viés tópico), quando indica a “conformação jurídica da comunidade”, o que o próprio Hesse, quando fala em interpretação, vai chamar de *concretização*²⁵, bem como quando alude aos princípios ordenadores.

Não muito longe dessa linha encontra-se o pensamento de HERMANN HELLER, que, dando ênfase no aspecto social do conceito de constituição,

²⁴ - HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Colección “Estudios Constitucionales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 16-7. O Autor cita, ao final (texto entre aspas) Höllerbach.

²⁵ - Idem, p. 43.

não o isola do aspecto jurídico, buscando uma relação dialética entre o que chama de *normalidade* e *normatividade*, algo com certa equivalência (mas com mais efetividade) com o que conhecemos por “legitimidade e legalidade”²⁶. Na concepção helleriana, a constituição, dada sua textura aberta, mantém uma relação inevitável com a dinâmica social, bem como com a resposta da comunidade aos preceitos normativos constitucionais (normalidade). Entretanto, carece essa normalidade de uma atuação estatal no sentido de efetivação — força normativa, diria Hesse —, o que se constitui em normatividade.

Para HELLER, *a constituição do Estado não é, por isso, em primeiro lugar, processo, mas produto, não atividade, mas forma de atividade; é uma forma aberta através da qual passa a vida, vida em forma e forma nascida da vida.*²⁷

Cria, assim, o precocemente falecido mestre alemão, uma relação de integração entre forma e atividade, entre jurídico e político (social), onde a constituição pode ser considerada tanto o documento unificador da ordem jurídica, como também o respaldo sócio-cultural à formalização daquele documento. Isso, sem dúvida, é um caminho inicial de humanização do jurídico.

HELLER é preciso em outro momento: *A Constituição normada juridicamente não consiste nunca de modo exclusivo em preceitos jurídicos autorizados pelo Estado mas que, para sua validade, precisa sempre ser complementada pelos elementos constitucionais não normados e por aqueles outros normados porém não jurídicos. O conteúdo e o modo de validade de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo*

²⁶ - HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 300.

²⁷ - Idem, p. 296.

*pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam*²⁸.

A partir dessa abordagem dialética do conceito de constituição, visando a normalidade sociológica do jurídico e a normatividade jurídica do social, parece possível tentar seguir adiante em qualquer teorização quanto a uma ontologia do processo com vistas à participação ativa dos seus atores²⁹ na humanização processual.

1.1.3. Sobre os princípios, a Constituição e o processo

Mostrou-se a opinião dominante quanto ao caráter para além de instrumental do processo. Tentou-se mostrar que no processo penal esse caráter vai ainda **mais além**, dada sua proximidade (mais do que qualquer outro ramo do Direito) com a Constituição, primeiro, por sua característica liberal de limitação do poder estatal, e depois, pela imperiosa necessidade de ultrapassagem desse mero liberalismo, para, numa visão até intervencionista, alcançar searas de humanização do processo penal, uma vez estar o nosso Ordenamento pautado numa Constituição de caráter compromissório, onde os atores técnicos do processo, mormente o aplicador da lei, devem atentar também para o aspecto da fraternidade (humanidade), e não só no individualismo puro.

Por essa razão, buscou-se o fundamento no conceito integrativo de constituição (Hesse/Heller), onde o social e o normativo se inter-relacionam, tendo sempre em vista uma perspectiva de baixo para cima.

²⁸ - Idem, p. 302.

²⁹ - Referimo-nos aos “atores” do processo, porque a atuação humanitária desejada não se refere apenas aos juizes, mas também ao Ministério Público e advogados, na qualidade

É assim que o processo penal deve ser visto: **de baixo para cima**, e não o contrário, imaginando-se os operadores do Direito semideuses inatingíveis, detentores do saber e manipuladores técnicos do poder.

Para vislumbrar, como utopia possível, um processo penal como fruto e complemento de uma constituição pautada num elemento sócio-normativo, que impõe ao Estado a garantia dos direitos fundamentais em toda sua amplitude, mas de forma ativa e humanitária, não se pode passar por alto e ignorar os conceitos apresentados acima.

Mas está faltando um aspecto.

Não basta dizer da relação constituição/processo penal e da necessidade de um entrosamento ainda maior. É preciso apresentar qual o elemento que costura essa ligação dita íntima entre a Lei Maior e o processo penal. É preciso demonstrar qual a base para os operadores do Direito assentarem seus pés no chão e aproximarem-se ainda mais dos verdadeiros destinatários da Lei Maior.

Não há outra resposta senão que esse fundamento essencial encontra-se nos chamados “princípios”.

O Direito Constitucional, mais do que qualquer outro ramo do Direito, é aquele que mais se aproxima dos fundamentos da política e da filosofia, onde a ética e os preceitos da legitimidade, traçados como parâmetros básicos para a obtenção da justiça, têm importância fundamental.

Desta forma, para se falar em norma como espelho da ética, da consciência e respaldo social, onde, só assim, aquela estará revestida do pressuposto da legitimidade, há que, antes de tudo, lembrar-se dos princípios, e aqui, dos princípios constitucionais.

Dada a necessidade de se estabelecer formas e disposições de caráter meramente diretivo, indicativo, nem todas as normas têm um fundamento principiológico, embora não possam contrariar o sistema. Entretanto, a norma constitucional garantidora de direitos e liberdades individuais, sempre encontrará suas raízes em princípios, estes, de componente histórico-social, pois frutos da consciência de um povo, de sua linha vivencial, de sua ideologia, e necessariamente informadores dos direitos fundamentais³⁰.

Embora na prática processual, muitas vezes os princípios tenham uma função mais argumentativa do que fundamentadora, cabendo às normas positivadas a finalização do *decisum*³¹, não podemos nos prender ao dogmatismo puro...

É que os princípios, mesmo os de natureza metajurídica (leia-se: os que transcendem o estreito campo de visão meramente dogmático, às vezes dogmatista, relativos a padrões éticos, políticos, econômicos, e até mesmo os morais), são a base de todo o sistema constitucional, e, por isso, não devem servir apenas como argumentos, mas sim, como fundamento do qual a norma não pode estar desatrelada.

Os princípios, mormente os princípios constitucionais pairam sobre as normas do sistema, organizando-o como um todo e dando a consistência necessária à sua efetivação, diante de um sistema jurídico eficaz e legítimo.

O desrespeito aos ditames de um princípio (para lembrar Bandeira de Mello, citado logo adiante) implica numa violação mais grave do que o desrespeito a uma norma, pois esta, enquanto substância isolada, deriva e

³⁰ - Nessa linha, STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 41. São suas as palavras: *A importância dos princípios está em que eles fundamentam as regras. Portanto, é impossível haver apenas regras em uma Constituição, pois a interpretação delas é determinada pelos princípios.*

³¹ - Não é novidade para ninguém o discurso já "batido": "o juiz é escravo da lei".

segue as diretrizes traçadas naquela raiz, que é o fundamento básico de todo o sistema, a sua essência.

Para deixar mais claro basta lembrar que, ao se analisar uma norma, defronta-se, ou pode-se defrontar, com um elemento isolado de todo um sistema jurídico, que, embora deva seguir a sua linha, não o revela como um todo. Entretanto, analisando um princípio, tem o observador à sua frente a característica básica do sistema, a feição do mesmo, a revelação de seu espírito. Conhece-se um sistema constitucional pelos princípios que o mesmo adota e segue.

Segundo CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA: *O princípio é o verbo, traduzido em vida concreta e eficiente de um povo. O princípio constitucional é o dito da essência, de que são adjacências a ela subordinadas e com ela compostas as regras jurídicas.*³²

No mesmo sentido, o clássico ensinamento de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, também citado pela autora anterior, que assevera quanto ao princípio: *é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.*³³

³² - ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 21.

³³ - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980, p. 230.

Grandes autores já vêm de há muito buscando definir, e muitos com propriedade³⁴, o tema aqui tratado. Na linha aqui adotada, buscando um sentido integrativo de constituição e sua relação com o processo através da costura principiológica, tem-se a lição de DWORKIN, que vê no trabalho do julgador um aspecto também ético, em contraposição ao legalismo puro, principalmente quando o interesse coletivo está em jogo. Daí, a importância e utilidade, para esse autor, dos princípios, e da crença geral em suas diretrizes, já que se estes princípios *resultan convincentes para los miembros de una comunidad determinada estarán causalmente determinados por los objetivos colectivos de dicha comunidad*. E não se trata aqui, de um aspecto meramente político. O fundamento geral, em Dworkin, que lastreia a decisão judicial é jurídico, mas ancorado na idéia geral de direito contida na comunidade. Essa idéia geral nada mais é do que o princípio, ou seja, uma proposição que descreve direitos.³⁵

KARL LARENZ, por sua vez, coloca os princípios como “*pautas directivas de normação jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas*”. Enquanto “*idéias jurídicas materiais*” são manifestações especiais da idéia de Direito, tal como se apresenta no seu grau de evolução histórica.³⁶

³⁴ - Não é demais lembrar que o estudo dos princípios é complemento, e não objeto do presente estudo. Para uma análise completa do tema dos princípios, além dos clássicos ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, reprografia s/d, (original em inglês: Taking rights seriously, Harvard University Press, 1978), entre outros, que aqui faremos breve menção, remetemos o leitor à recente obra do colega de mestrado na UFSC, ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, São Paulo: RT, 1998.

³⁵ - DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 147-175.

³⁶ - LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamêgo. 2. ed. revista, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 577.

Essas reiteradas referências à “idéia” de direito, à “comunidade”, parecem corroborar a escolha feita aqui neste trabalho, pelo conceito helleriano de constituição, ou seja, a busca da normatividade (jurídica) sem esquecimento da normalidade (sócio-política), bem como dirigir a análise ao caminho da interface inicialmente mencionada.

Ainda, na tentativa de conceituar os princípios, não se poderia deixar de lembrar o clássico ALEXY, que, distinguindo princípios de regras, coloca os primeiros como “mandados de otimização”, ou seja, normas que determinam uma ordem a ser realizada dentro da melhor forma possível. É certo que, em Alexy, sendo os princípios tidos como espécies do gênero norma, ou seja, sem uma vinculação específica, mas com característica normativa, seria plausível um raciocínio no sentido de sua superioridade ante os princípios gerais do direito, por não estarem estes (na linha de Alexy), enunciados em nenhum texto positivado. Entretanto, apesar desta distinção, não há como querer, com isso, retirar a normatividade nem mesmo dos princípios gerais, tampouco impingir normatividade apenas àqueles específicos³⁷. Tanto é que, num confronto casuístico, o autor admite a ponderação dos princípios ante os demais critérios jurídicos eventualmente em choque, mesmo que tais critérios constituam princípios gerais do direito, ou seja, princípios não positivados.

Nesse sentido, ALEXY é claro: *El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que*

³⁷ - Dúvida que hoje está fora de questão. Para tal conclusão, basta uma análise da obra indicada de ESPÍNDOLA, *Conceito...*, de CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, p. 35. Ver também GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 73. Vejamos um exemplo da opinião deste autor: “A existência – ou, se me for permitido desde logo assim afirmá-lo a “positividade” – no ordenamento jurídico, de determinados princípios que, embora não enunciados em nenhum texto de direito positivo, desempenham papel de importância definitiva no processo de aplicação do direito, é inquestionável. (p. citada).

*algo sea realizado en la mayor medida possible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.*³⁸

Parece então, haver aqui uma relação dialética onde, apesar de os princípios serem mandados determinadores das relações organizadas pelo ordenamento jurídico, é preciso que, para cumpri-los, atente-se a uma ordem pragmática determinada por fatores outros (ainda que contidos em regras; portanto nem estas, em que pese a positividade e eventual precisão, são absolutas diante dos princípios) ou até por princípios mesmo que se coloquem em choque com os primeiros. É a sobrepujança pura e simples deixada de lado para dar lugar ao debate, o que não tira o aspecto positivo dos princípios, nem tampouco os coloca em posição de submissão a simples regras³⁹.

³⁸ - ALEXY, Robert. Op. cit. , p. 86. Na mesma linha temos FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990, p. 63-64. Aqui, o professor espanhol assim conceitua os princípios: *Principio según el Diccionario de la Real Academia Española, comporta <<base, fundamento, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia>>. Y para la filosofía tradicional, principium est primum a quo aliud oritur. (...) los principios generales del Derecho han de ser las ideas cardinales que constituyen su origen o fundamento; que están dotadas de un alto grado de generalidad; que por ello gozan de gran comprensión en el ámbito de lo jurídico (omnicompreensión); que pertenecen a las más amplias formulaciones del Derecho. Lo que, a su vez significa o naturalmente comporta que, ante quienes los refieren a sectores o parcelas del Derecho, hayamos de advertir que dicen relación al Derecho, a todo el Derecho; que contra quienes pretenden obtenerlos siempre formulados o expresados en una norma jurídica, hayamos de postular que no requieren necesariamente formulación y que, por supuesto, de estar formulados, su lugar más lógico serían las proposiciones normativas más abstractas del ordenamiento.*

³⁹ - Aqui, parece-nos pertinentes as palavras de ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dictil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 16: *Si cada principio*

Até aqui, mesmo pretendendo o enfoque constitucional, falou-se dos princípios como um todo, como uma categoria de mandamentos aplicáveis a todo o sistema jurídico seja qual for o viés especificador. A relação dos princípios com o Direito Constitucional, pela própria natureza deste, já mencionada, parece ser ainda de mais fácil explicação, e, conseqüentemente, fecha a interface inicialmente buscada.

GOMES CANOTILHO quando coloca a constituição como um “sistema de regras e princípios”, citando, inclusive, Dworkin, dedica todo um capítulo à fundamentação principiológica da interpretação constitucional, invocando, na esteira dworkiniana, pontos de partida, tais como a soberania da constituição, a objetividade interpretativa e, “princípios jurídicos abertos”, tais como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade⁴⁰. Clèmerson CLÈVE, lembrando o mestre português, assim completa: *A doutrina vem procurando definir a Constituição como um “sistema aberto de princípios e preceitos”. Os princípios ninguém desconhece, possuem características que os diferenciam das regras ou preceitos. Dispõem de maior grau de abstração e, portanto, menor grau de densidade normativa, e bem por isso sintetizam, fundamentam e estruturam o sistema constitucional. Além disso, condensam as idéias estruturais do sistema, razão pela qual, em geral os preceitos constituem*

y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos.

⁴⁰ - GOMES CANOTILHO, J.J. op. cit., p. 165 e ss, e, 197 e ss. (Fala-se em princípios jurídicos abertos dada a generalidade ainda maior destes princípios. Apesar de se estar aqui, tratando os princípios de uma forma menos específica do que Alexy (que deixou uma posição mais diferenciadora entre princípios como normas e princípios gerais) percebe-se com clareza que, se os princípios são, por característica própria, mais gerais que as normas, os princípios abertos são de uma generalidade ainda maior, permitindo uma subjetividade maior na interpretação, tudo isso sem deixar de ser jurídicos, até porque, recheiam os diplomas legais de diversos países. Como exemplo, temos a nossa própria CF/88, em seus arts. 1º; 5º; 37 etc).

*desdobramentos de idéias sínteses engessadas nas disposições principiológicas*⁴¹.

E vai além o mestre paranaense: *Os princípios, mesmo os implícitos, e inclusive aqueles enunciados no Preâmbulo, dispõem de uma funcionalidade. Ou seja, prestam-se para alguma coisa. São, pois, funcionais. Eles cimentam a unidade da Constituição, indicam o conteúdo do direito de dado tempo e lugar e, por isso, fixam standards de justiça, prestando-se como mecanismos auxiliares no processo de interpretação e integração da Constituição e do direito infra constitucional. Mais do que isso, experimentam uma eficácia mínima, ou seja, se não podem sofrer aplicação direta e imediata, exigindo no mais das vezes (não é o caso dos princípios-garantia) integração normativa decorrente da atuação do legislador, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação anterior e impeditiva da legislação posterior, desde que incompatíveis com seus postulados*⁴². Isso não é pouco. O que se retira da lição de Clève para o presente estudo é, não só a confirmação dos princípios como elementos fundamentais da ordem constitucional, mas também, e principalmente, na eficácia mínima característica dos mesmos que, no caso aqui estudado, nem é mínima, é plena, pois o devido processo penal, objeto do presente trabalho, está enquadrado no rol dos princípios-garantia, aplicáveis de imediato e independentemente de legislação ulterior, eis que inerentes aos direitos fundamentais do cidadão⁴³. Ora, se os princípios constitucionais têm essa força, o devido processo penal – para nos adiantarmos em tema do capítulo seguinte – como princípio (ou, pelo menos, como garantia ou regramento, como prefere TUCCI⁴⁴) constitucional, há que ser

⁴¹ - CLÈVE, op. cit., p. 35.

⁴² - Idem.

⁴³ - V. art. 5º, § 1º, da Constituição da República.

⁴⁴ - TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, cap. II, p. 50 e ss. Esse abalizado autor não entende o

visto nos moldes de vinculação e aplicabilidade da Lei Maior, respeitados os aspectos de necessária abertura que envolvem tal princípio, já que os direitos da pessoa humana em hipótese alguma podem ser desvinculados dos critérios de justiça e igualdade, valores que estão inseridos entre os principais de qualquer ordem jurídica e social.⁴⁵

Ainda nesse caminho, BARROSO, já citado, deixa claro em outro momento: *O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sucinta, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que instituiu.*⁴⁶ E, para uma aproximação do devido processo: *A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie*⁴⁷. Barroso traz ainda uma importante contribuição em sua obra, quando, lembrando Jorge Miranda, assevera a obsolescência da distinção entre princípios e regras. Segundo o autor, hoje, fala-se apenas em regras-princípio e regras-disposição, o que — para o nosso entender —, torna o caráter vinculativo dos princípios fora de qualquer suspeita, eis que põe na cogência das normas um fundo principiológico e, por outro lado, distingue as normas de fundo especificamente dispositivo, caracterizadas pelo aspecto meramente jurídico. Esse

devido processo legal como um princípio constitucional, mas como um regramento constitucional atinente ao processo penal.

⁴⁵ - v. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 285.

⁴⁶ - BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p.141.

⁴⁷ - Idem.

“meramente”, seja explicado, não tem o condão de atribuir um desvalor à seara formal, apenas pretende fortalecer a importância do suprapositivismo no Direito Constitucional e, conseqüentemente, em todo o Direito infraconstitucional.

Colocados os pontos necessários, aqui, pode-se retomar a análise da relação processo-Constituição pelo viés principiológico. Estando pois os princípios constitucionais do processo penal gravados e fundamentados no texto constitucional, e, dentre eles, especificamente o devido processo legal, sua vinculação na prática processual, mais do que comprovadamente, transcende a seara do mero formalismo, passando por um pressuposto de garantia do cidadão contra o poder estatal e, indo além, fazendo do processo penal força viva de imposição da norma constitucional, ganhando, ao fim, toda a sociedade por um direito que, encarado pelo viés meramente formalista, beneficiaria apenas o indivíduo, o legitimado passivo do processo penal.

Essa cobrança na atuação dos operadores do processo, pela ótica aqui pretendida, deixa de ser do processo mesmo, para tomar o semblante de imposição da própria constituição. É como se, em vez de “processo penal” simplesmente, esse ramo do direito se chamasse sempre e sempre devesse ser lembrado como “processo penal constitucional”. Daí, as lições de DINAMARCO e ADA GRINOVER. Segundo o primeiro: *A Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos, para que o processo possa, depois, atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém e que projeta sobre todo o ordenamento jurídico*⁴⁸. Mas como atuar o processo tais preceitos e garantias? É evidente que pelas mãos dos operadores do Direito.

⁴⁸ - DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 41.

ADA PELLEGRINI GRINOVER é mais incisiva, daí a necessidade de uma transcrição mais extensa: *Os preceitos constitucionais com relevância processual têm a natureza de normas garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo. Da idéia individualista das garantias constitucionais-processuais, na ótica exclusiva de direitos subjetivos das partes, passou-se, em épocas mais recentes, ao enfoque das garantias do “devido processo legal” como sendo qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da função jurisdicional. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa. Nessa dimensão garantidora das normas constitucionais-processuais, não sobra espaço para a mera irregularidade sem sanção. A atipicidade constitucional, no quadro das garantias, importa sempre numa violação a preceitos maiores, relativos à observância dos direitos fundamentais e a normas de ordem pública.*⁴⁹

Aqui vê-se fechada a inicial idealização de uma relação processo-Constituição-princípios, calcada numa ideologia supra-liberal, ou pós-positivista (na linguagem principiológica), visando “preparar o terreno” para a necessária análise ontológica do devido processo legal, o que constituirá o terceiro capítulo deste trabalho. Uma coisa é certa: não há como desvincular o

⁴⁹ - GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19-20.

processo da Constituição; não há como desvincular a Constituição dos princípios e, finalmente, não há como desvincular os princípios constitucionais da idéia de direito fundada na sociedade mesma, como elemento histórico-social de construção dos ideais de legalidade, mas com justiça, igualdade e imparcialidade.⁵⁰

Com efeito, demarcada a importância dos princípios constitucionais; apresentado o entendimento quanto ao processo penal ser um *complemento necessário* do Direito Constitucional, e, justamente por se estar tratando aqui das garantias constitucionais, indiscutivelmente fundadas em princípios basilares do Ordenamento (princípios-garantia), não há como fugir da imperiosidade dos preceitos da Lei Maior diante da prática processual penal cotidiana.

Os princípios não são apenas argumento, são fundamento do sistema, e as garantias neles fundadas devem ser impostergavelmente respeitadas a cada ato processual, sob pena de se estar, por mínimo que seja o ato, violando o sistema constitucional e, não só eivando-se de nulidade todo o processo, mas, o pior, comprometendo-se toda a ordem democrática, fundada nos direitos e garantias fundamentais.

1.2. Direito Processual Constitucional e Direito Constitucional Processual

Com efeito, já que, de um ponto de vista do Direito Constitucional se está falando de processo penal, cumpre estabelecer a necessária diferenciação

⁵⁰ - Sem querer entrar aqui numa discussão filosófica da relatividade de tais conceitos, mormente o da imparcialidade. Aqui, nos apropriamos do já citado Robert Alexy, visualizando tais conceitos sob o viés principiológico, ou seja, como *standards*, ou padrões com um *optimum* de eficácia.

entre direito processual constitucional e direito constitucional processual.

Essa diferenciação passa a ter sentido a partir do momento em que as constituições da Europa começam a dar importância a um novo elemento no mundo jurídico: o “processo constitucional”. RAUL MACHADO HORTA, em sucinto mas elucidativo prefácio a trabalho de Ivo Dantas, lembra que foi a partir Constituição da Áustria, de 1920 que tomou relevo o processo constitucional. Daí, desenvolvendo-se – por suas palavras – mais tarde, na Alemanha (Lei Fundamental de 1949), Itália (Constituição de 1947), Portugal (Constituição de 1976 e Revisão de 1982) e Espanha (Constituição de 1978)⁵¹. Continua o professor mineiro, explicando que a implantação e importância dada a essa nova matéria no continente europeu estaria justamente relacionada com a implantação, naquelas constituições, dos Tribunais Constitucionais, bem como à consagração dos instrumentos de defesa que fundamentam a sua pretensão diretamente na norma constitucional. Horta ainda adianta que o processo constitucional não se trata de criação exclusiva do constitucionalismo europeu. É que, *explica-se a importância que ele adquiriu nesse constitucionalismo pela maior amplitude das regras constitucionais reservadas ao funcionamento e à natureza das decisões proferidas pelos Tribunais Constitucionais*⁵².

É de se notar que, do surgimento da idéia de processo constitucional, este assumira, *ab initio*, uma posição relativa exclusivamente à jurisdição constitucional, ou seja, à regulação dos procedimentos dos tribunais constitucionais quanto às ações de sua competência, inerentes às liberdades públicas consagradas constitucionalmente, bem como, ao controle da

⁵¹ - HORTA, Raul Machado. in : DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, prefácio.

⁵² - Idem.

constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do poder público. Tinha-se, a princípio, apenas essa feição do processo constitucional, a feição processual das ações constitucionais. Nesse sentido, coloca-se a jurisdição constitucional, resumidamente, como *o conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição, para a prevalência dos valores que ela própria abriga*⁵³. Não obstante, é de se lembrar, conforme o citado Horta, a sobriedade, tanto naquelas, quanto na nossa Constituição atual, no que tange à implementação dessa jurisdição, já que, apesar de (e aqui falamos da CF/88) estarem ali contidos os instrumentos de tutela das liberdades, pouco se os instrumentalizou, carecendo muitos, ainda, de efetivação através de legislação processual própria⁵⁴.

Entretanto, pode-se dizer, ainda com Horta, que, mesmo assim está a nossa Constituição paramentada com importantes instrumentos de defesa de sua força normativa, de sua supremacia, bem como inerentes aos direitos fundamentais do cidadão. Assim, tem-se o mandado de segurança, que, apesar de ser colocado muitas vezes como de natureza processual civil, é, sem dúvida, importante remédio constitucional para defender direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data* (art. 5º, LXIX)⁵⁵; o mandado de

⁵³ - DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 29.

⁵⁴ - Note-se, v.g., a pouca instrumentalidade do mandado de injunção, carente, ainda, de procedimento próprio (procede-se pela Lei 1.533/51, que regula o procedimento do mandado de segurança), isso sem falar na conhecida discussão sobre seus efeitos (para tanto, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização...*, p. 253-261); o mesmo acontecia com o *habeas data*, tendo, só recentemente, ganhado lei própria (Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997).

⁵⁵ - Sobre a natureza do mandado de segurança, consultar, p. ex., NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais (teoria, prática e jurisprudência)*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 40. Também, CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*, São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 114, também citado por Paulo Lúcio Nogueira. Independente da posição ali tomada (*o mandado de segurança como ação civil sumaríssima*) reiteramos nossa posição quanto à natureza constitucional do mesmo, até porque, o próprio Nogueira, à p. 42, comenta da relatividade do prazo decadencial de 120 dias para propositura do writ (uma opinião

segurança coletivo (art. 5º, LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), o *habeas data* (art. 5º, LXXII), o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII), a ação direta de inconstitucionalidade de lei (art. 102, I, a), a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição (art. 102, parágrafo único), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 102, § 2º), e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (102, I, a, segunda parte), esta, apesar de sua relativa incompatibilidade prática — e, arriscaríamos dizer, ideológica —, com os instrumentos acima, também uma forma de exercício da jurisdição constitucional.

Se se ficasse só aí, poder-se-ia perguntar: e qual a relação do processo constitucional com o devido processo penal, e o presente estudo?

É que, o alargamento do catálogo dos direitos fundamentais, inseridos nas constituições fez aparecer, também, princípios e garantias constitucionais inerentes ao desenvolvimento dos processos submetidos à apreciação do Estado através, evidentemente, do Judiciário. Daí que, em vez de o inicialmente conhecido como “processo constitucional” ficar relacionado apenas com a atuação dos tribunais superiores e/ou das cortes constitucionais, o seu conceito sofreu um alargamento para atingir o âmbito também dos processos comuns submetidos à esfera judicial em escala difusa. Seria, então, um braço da Constituição avançando, de forma garantidora, sobre a atuação do Estado no julgamento das lides postas à sua jurisdição.

Nesse sentido, DINAMARCO ensina o seguinte: *A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso dois sentidos vetoriais em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido Constituição-*

minoritária, reconhece-se), estampada no art. 18, da Lei 1.533/51, justamente por tratar-se da defesa de direito fundamental. Ora, parece, aí, estar-se reforçando a natureza constitucional do remédio superando formalismos técnicos.

*processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (“jurisdição constitucional das liberdades”), mais toda a idéia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive.*⁵⁶

Ou seja, trata-se, aqui, de procurar a conformação do processo aos princípios e regras apontados na Constituição como fundamentais à garantia da busca, num plano ótimo — voltamos a Alexy —, dos ideais democráticos. É o “microcosmos democrático” citado por Dinamarco.

De FREDERICO MARQUES retira-se a lição: *pode-se falar, também, em Direito Processual Constitucional, como o conjunto de preceitos destinados a regular o exercício da jurisdição constitucional (...), ou seja, a aplicação jurisdicional das normas da Constituição. Ele não se confunde com o Direito Constitucional Processual, que trata das normas de processo contidas na Constituição.*⁵⁷

Ada Pellegrini Grinover, lembrada por FIÚZA, também estabelece a diferença, onde coloca de um lado *a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo* (o que chamamos de direito constitucional processual), e de outro *a jurisdição constitucional* (o que chamamos de direito processual constitucional, aqui abrangendo-se o controle de constitucionalidade, mandado de segurança, habeas corpus) etc.⁵⁸

⁵⁶ - DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 25.

⁵⁷ - MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1, p. 4.

⁵⁸ - *Apud* FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*, 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 196.

Após essa diferenciação inicial, interessa, portanto, a matéria relativa ao direito constitucional processual, que, particularmente, neste trabalho, preferiu-se chamar de **direito constitucional do processo**, por dois motivos:

- a) porque ajuda a evitar a “compreensível” confusão com o direito processual constitucional, e...
- b) porque trata primordialmente das garantias constitucionais que devem ser observadas no âmbito do processo, do ponto de vista pragmático-

É que essas garantias aplicam-se sobre o processo mesmo, independentemente da vontade do cidadão-parte, e até mesmo contra ela (se for o caso), eivando de nulidade o processo que não contenha a sua observância. Parece que essa terminologia (que é o que menos importa...) retira, de certa forma (pelo menos lingüisticamente), tais garantias da esteira do academicismo e as traz mais próximas da prática processual.

Desta forma, como vem estampado desde o início do trabalho, pretende-se uma efetividade maior das garantias constitucionais no processo para que deixem definitivamente de constar apenas do papel, servindo unicamente de mote “populista” nos discursos político-acadêmicos.

Considerando, então, que serve o processo penal, do ponto de vista imediato⁵⁹, como meio de limitação do poder estatal no exercício da jurisdição, **o direito constitucional do processo** torna-se figura indissociável do processo penal, eis que trata justamente das garantias constitucionais do cidadão (leia-se “pessoa humana”) aplicáveis e aplicadas ao processo penal.

Note-se que, sem a observância das garantias constitucionais no processo penal, nasce e caminha esse processo de forma indevida, porque,

⁵⁹ - frisamos, para que não se esqueça do aspecto sócio-político do direito constitucional.

imediatamente, deixa o Estado de observar os limites contra si impostos na persecução penal, e, mediatamente, abre, o próprio Estado, uma brecha na segurança jurídica que ele mesmo prega, já que, potencialmente, cada pessoa poderá ser vitimada por essa inobservância no futuro.

E assim, sem o **devido processo**, pautado na Constituição, não há falar-se, *grosso modo*, em processo, pois carece este de requisito básico para sua existência sadia, restando apenas a violação constitucional a apurar e suas consequências práticas.

1.3. Direito Processual Penal: um direito público

Desde o início deste trabalho vem-se tentando deixar clara a estreita relação do processo penal com a constituição, como norma fundamental de um Estado, e, particularmente, com a nossa Constituição da República, o que, embora caracterizando uma certa repetitividade, tem-se tentado enfocar a partir de vários aspectos, e assim, pertinentemente a cada um deles, abrir espaço para uma visão constitucional do processo, cada vez mais desapegada da forma, no estado puro, sem contudo esquecê-la por completo.

Destarte, o tópico presente assume uma função mais didática e delimitativa do que propriamente elucidativa, no sentido de contextualizar o processo penal nesse universo teórico até então abordado.

Assim, a estreita ligação do direito processual penal com a Constituição, já preconizada por João Mendes Júnior, Magalhães Noronha e agora lembrada

pelos TUCCI⁶⁰ entre os teóricos nacionais, inclusive citados aqui, é, desde há muito, indiscutível.

Por outro lado, de Portugal, FIGUEIREDO DIAS lembra H. Henkel, que coloca o direito processual penal como verdadeiro *direito constitucional aplicado*.⁶¹ Por sua vez, FREDERICO MARQUES assevera: *A atuação do juiz penal, na sua transcendente tarefa de dar a cada um o que é seu, mediante aplicação hic et nunc do Direito Penal objetivo, vem disciplinada no Direito processual, que é um dos ramos das ciências jurídicas de mais íntimo e próximo contato com os preceitos constitucionais; visto que regula o exercício da atividade jurisdicional*.⁶² E cita Couture, que referia-se às normas processuais como “*el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución*”.⁶³

É evidente, portanto, que essa proximidade, estampada com frequência em todos os manuais, mesmo que de forma indireta, ou seja, estabelecendo a jurisdição, impondo limites ao poder estatal, regulando a vontade geral da busca do ideal de justiça, traz o direito processual penal para o rol dos ramos do direito público. E isto *não só porque, como em todo o direito processual, nele intervém sempre o Estado no exercício de uma das suas funções, a jurisdicional, mas sobretudo porque a perseguição e condenação dos*

⁶⁰ - TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2. Já no início da obra, expõem: *...particularizada ao direito processual penal, reclama a relembração de que as normas processuais são, segundo generalizado entendimento doutrinário, complemento ou atualidade das garantias constitucionais; daí porque, inseridas na Lei das Leis, visam, certamente, reforçar o sistema de direitos e garantias do cidadão*.

⁶¹ - DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra, 1984, p. 74.

⁶² - FREDERICO MARQUES, *Elementos...*, p. 79.

⁶³ - Idem, p. 80.

*criminosos é, como atrás se disse, matéria própria de uma comunidade constituída em Estado.*⁶⁴

Note-se, até então, uma tendência liberal da relação processo-Constituição, caracterizando assim o aspecto público do processo penal pela via mais próxima da caracterização mesma do Estado de Direito, qual seja, a autolimitação do Estado no trato com as liberdades do cidadão. Nesse sentido, claras são as palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER: *o Estado de direito tornou obrigatória a aplicação do direito penal pelas vias processuais, para melhor garantir a defesa do acusado e tutelar, assim, eficazmente, seus ius libertatis. Vias processuais estas, que devem adequar-se aos preceitos garantidores da constituição. O problema nevrálgico do processo penal é o das relações entre o Estado e o indivíduo, devendo encontrar-se em sua esfera a solução do conflito entre as exigências comunitárias da repressão do crime e a proteção da esfera de liberdades fundamentais.*⁶⁵

A nobre processualista, lembra, em seguida, o ensinamento de Giuseppe Bettiol: *Já se disse, em páginas antológicas, que o processo penal deve ser concebido como uma consequência do aparecimento e da consolidação do Estado de direito, como idéia de garantia para as liberdades do cidadão e de limitação da intervenção estatal, no pressuposto de que o Estado deve reconhecer os direitos invioláveis da pessoa.*⁶⁶

E verifica-se ainda o caráter público do direito processual penal quando, conforme recorrido anteriormente, à luz da Constituição, volta-se a atenção à dignidade da pessoa humana no decorrer do processo, muitas vezes em

⁶⁴ - DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 74.

⁶⁵ - GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed., atual., São Paulo: RT, 1982, p. 17.

⁶⁶ - Idem, ibidem. A idéia citada figura em BETTIOL, Giuseppe. *Istituzioni di diritto e procedura penale*, 1966, p. 196.

detrimento do interesse imediato da sociedade. Aqui, põe-se em segundo plano o interesse social, público, justamente para defendê-lo, na garantia de que diante da dinâmica social e histórica, o homem prevaleça sobre a posição (de réu⁶⁷, testemunha, parte) que ocupa.

Daí que o processo penal constitui um dos lugares por excelência em que tem de encontrar-se a solução do conflito entre as exigências comunitárias e a liberdade de realização da liberdade individual. Aquelas podem postular, em verdade, uma “agressão” na esfera desta; agressão a que não falta a utilização de meios coercitivos (prisão preventiva, exames, buscas, apreensões) e que mais difícil se torna de justificar e suportar por se dirigir, não a criminosos convictos, mas a meros “suspeitos” – tantas vezes inocentes – ou mesmo a “terceiros” (declarantes, testemunhas e até pessoas sem qualquer participação processual).⁶⁸

Nenhum lugar, como o processo penal, é solo tão fecundo para o choque entre interesses sociais, coletivos e individuais. É comum, não carecendo de exemplos, por isso mesmo, a imprensa veiculando o conflito entre os interesses de um determinado grupo (profissional, familiar, social) e os direitos fundamentais de um cidadão colocado na posição de réu, bem como seus familiares em seu favor, tudo isso, com o Estado como mediador dessa contenda.

A pergunta é: a quem favorecer? Quem há de desconhecer os motivos que tem uma família que fora vítima de qualquer crime tido como grave,

⁶⁷ - Essa colocação é importante a partir do momento em que, sob uma ótica foucaultiana, a “posição de réu” aí mencionada, interessa mais ao Estado (no sentido exemplar) e à sociedade (como exigência de isonomia, às vezes uma visão idiossincrática de justiça – para os outros...) do que propriamente ao seu detentor. A ótica pública, aqui enfocada, garante ao cidadão, e a todos os próximos “réus”, o seu direito como pessoa humana acima dos aspectos mencionados anteriormente.

⁶⁸ - FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 59

hediondo ou seja qual for a denominação apontada, tal como roubo, mesmo furto, seqüestro, crimes sexuais, etc.? Por outro lado, que quer a família do acusado (excluídas as razões subjetivas, se é que é possível) senão um julgamento pautado no devido processo, com as garantias da audiência bilateral e a ampla possibilidade de defesa, portanto, um julgamento justo e compatível com os direitos fundamentais para o seu parente?

Um outro aspecto está na própria idiossincrasia e, muitas vezes, hipocrisia inerente a esse mesmo ser humano que pleiteia a severidade penal. Ora, o mesmo “baluarte da guerra pela justiça e moral” de hoje, pode ser o pai assustado, o filho amedrontado, a esposa frágil e indefesa de amanhã, que vêem seus parentes (ou amigos), sempre tão queridos, “infelizmente” envolvidos num crime e submetidos às “garras”, só agora “impiedosas”, da Justiça.

Deixados os sentimentalismos de lado, o que se quer demonstrar é que o aspecto público do processo penal garante esse equilíbrio, tudo amparado pela Constituição, esta, que não escolhe momento, classe social ou qualquer outro critério, prescrevendo a igualdade para todos os seus cidadãos, e quem deverá garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais, limitando até mesmo seus próprios poderes, é justamente o Estado, aqui, como ente público de segurança do cumprimento da lei e pacificação social. Por isso mesmo que FIGUEIREDO DIAS mais uma vez nos lembra: *Daqui que o interesse comunitário na prevenção e repressão da criminalidade tenha de por-se limites – inultrapassáveis quando aquele interesse ponha em jogo a dignitas humana que pertence mesmo ao mais brutal delinqüente; ultrapassáveis, mas só depois de cuidadosa ponderação da situação, quando conflitue com o legítimo interesse das pessoas em não serem afectadas na esfera das suas*

*liberdades pessoais para além do que seja absolutamente indispensável à consecução do interesse comunitário.*⁶⁹

Assim, à luz da Constituição, limita-se o poder do Estado e subjuga-se o interesse social imediato, para, numa relação dialética, fortalecê-los a ambos (poder estatal e interesse social). A limitação da “vontade de todos” significa aqui, a garantia de prevalência da “vontade geral” (para lembrar a terminologia empregada por Rousseau⁷⁰) e o processo penal, como veículo dessa garantia demonstra aqui todo o seu caráter eminentemente constitucional, portanto, público.

Quando lemos em JARDIM que, com o já citado Tornaghi, entende a existência do processo penal independentemente de lide, caracterizando-o principalmente pelo fato de estar ali uma pretensão submetida à jurisdição, e, sendo escopo desta a proteção do ordenamento jurídico⁷¹, temos, embora não declarada pelo autor, mais uma vez, a demonstração da natureza juspublicística do processo penal. O mesmo, ainda, faz mencionar: *Destarte, cabe aqui uma pergunta: por que o Estado bitola a sua atividade às regras do processo, por que esta autolimitação? Fácil é a resposta. Se o Estado deseja compor litígios para realizar a paz social, estirpando o conflito do seio da sociedade, evidentemente não atingiria tal desiderato se tornasse esta atuação em fonte de violência e discórdia de medo e arbítrio. Ademais, precisa o Estado para bem fazer justiça conhecer a verdade dos fatos, e isto somente será possível através de “devido processo legal”. Por estes motivos, o processo é informado de princípios democráticos, não obstante ser ele uma imposição*

⁶⁹ - Idem, Ibidem.

⁷⁰ - ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social (e discurso sobre a economia política)*. Tradução de Marcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. 7. ed., São Paulo: Hemus, 1995, *passim*.

⁷¹ - JARDIM, Afrânio Silva. Op. cit., p. 36-37 e 93.

*autoritária do poder público.*⁷² É fato que nem todos os estudiosos pensam da mesma maneira quanto à origem altruísta da intervenção e monopólio estatais na administração do processo penal⁷³, todavia, não há como negar que, deixado exclusivamente à esfera privada o exercício e a possibilidade de composição dos problemas penais, mormente (mas, frise-se, não só por isso) numa sociedade capitalista como a atual⁷⁴, dificilmente estariam garantidos os direitos fundamentais, quase sempre vilipendiados em detrimento do interesse particular daquele que, nem sempre vítima, colocar-se-ia sempre como tal. Aqui, é bom lembrar, também, que mesmo nos casos cujos procedimentos são hoje regulados, numa primeira fase (muitas vezes definitiva) pela Lei 9.099/95, bem como os crimes que se procedem mediante queixa (calúnia, p. ex.), mesmo nestes casos o aspecto publicístico do processo penal fica resguardado, dada a interferência do Estado fincada na jurisdição, bem como, dadas as garantias processuais inerentes ao ser humano submetido a julgamento, estas, indisponíveis e impostergáveis, tudo isso sem falar no interesse social, aqui mediato, mas não inexistente, em ver feita a justiça, para que, de forma potencial, estejam garantidos os demais cidadãos. Nisso, definitivo é FREDERICO MARQUES: *Nem mesmo quando o Estado transfere ao particular, nos casos de queixa privada, o direito de acusar e a ação penal, perde a norma processual penal a qualidade de preceito jurídico-público, pois esse atributo é predicado ela os possui só por ser norma processual. Não tem validade, portanto, na área do Direito Processual Penal, o*

⁷² - Idem, p. 94.

⁷³ - Exemplo disto é o pensamento Foucault, cujas idéias não citaremos aqui por questões didáticas. Um desenvolvimento de algumas de suas linhas quanto ao processo penal será colocado no Capítulo Terceiro deste trabalho, quando entrarmos na sua parte ontológica. Por enquanto, fica a referência para eventual consulta: FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996, Cap. III, p. 53-78.

⁷⁴ - Os rumos da política internacional, hoje, permitem-nos esta generalização.

*ensinamento de CALAMANDREI, de que a distinção direito privado e direito público se projeta, no processo, mediante a legitimação para agir.*⁷⁵

O nosso já tão citado DINAMARCO, depois de trazer um esboço histórico do que chamou de *sincretismo privatista* do processo, bem como de sua paulatina teorização publicística, finca o pé nessa segunda posição, trazendo elementos definitivos⁷⁶. É certo que o autor citado dedica seu estudo mais detidamente ao processo civil, mas justamente seus argumentos voltados a esse ramo, acabam por corroborar o pensamento publicístico do processo penal. Vejamos alguns pontos: *Presencia-se, pois, a uma ciência processual construída mediante afirmações e pressupostos publicistas, mas revelando surpreendentes posicionamentos sobreviventes ao sincretismo privatista já superado. Seguramente, concorreu para essa predisposição psicológica a origem do direito processual civil, que hoje unanimemente se reconhece ser ramo do direito público, nos compartimentos do direito privado.*⁷⁷ E continua o autor, fundamentando sua teoria, tendo como um dos pressupostos, o exercício da jurisdição, como já fora mencionado anteriormente.

Ora, se o processo civil, em cujo formalismo é nota característica dada a prevalência da verdade material, passa a ser observado pela doutrina, entre outros aspectos, principalmente pela interferência da atividade jurisdicional, como forma de pacificação e mediação do combate, o que se dizer do processo penal que, além desse aspecto, importantíssimo, reconhece-se, vem ainda gravado da necessidade da permanente busca da verdade real, o que pauta seus

⁷⁵ - FREDERICO MARQUES, José. *Tratado*, p. 50. E continua: *A titularidade do jus actionis não desnatura o caráter publicístico da norma processual, mesmo porque a actio, qualquer que seja a pessoa ou órgão legitimado a exercê-la, é sempre um direito público subjetivo, pois sempre e sempre, é direito relacionado com uma função soberana do Estado.*

⁷⁶ - DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 44-57.

⁷⁷ - *Idem*, p. 46.

caminhos acima da forma, possibilitando um alargamento dos meios de defesa. É bom salientar que — no nosso entender —, do ponto de vista constitucional, o que importa no processo penal não é exatamente “a” verdade real, mas, a necessidade e a imposição processual de sua “busca”. Mesmo se não se chegar à verdade real (o que sói acontecer dada a já mencionada característica do processo penal de trabalhar com a – difícil – reconstrução do passado) o que caracteriza a garantia do devido processo é justamente a imperiosidade dessa busca, dessa procura, dessa abertura a todos os meios de defesa possíveis para, assim, estar garantida a dignidade da pessoa humana submetida a julgamento, e, conseqüentemente, evitar-se eventuais injustiças de procedimento e/ou de resultado.

Destarte, se o processo é caminho que carece da atividade jurisdicional, à qual, a parte, dotada de uma pretensão, comparece e requer a tutela estatal, tudo após o regular procedimento, a natureza pública desse meio é inquestionável. O juiz é agente estatal, deve ser imparcial, atuando assim como o próprio Estado na busca da manutenção da paz social, e, também (diria principalmente, na ótica do presente estudo) na garantia de, durante o curso processual, estarem verificados os direitos fundamentais.

É evidente que nem sempre é necessária a mão do Estado, ou, às vezes, este mesmo se autolimita na jurisdição⁷⁸, mas, para muitas questões (as

⁷⁸ - V., por exemplo, a Lei 9.099/95 e suas formas de composição entre as partes no processo penal; a suspensão condicional do processo, a transação etc., e mesmo os problemas penais de menor monta, resolvidos entre os próprios particulares, o que não pode ser deixado sem observação. Tanto é verdade que o próprio BIDART, já citado aqui neste trabalho, como defensor da observação sempre e principalmente, das garantias constitucionais e direitos fundamentais, entende a conciliação, a transação, e outros meios de solução particular de problemas penais, veículos muitas vezes mais eficazes do que a sentença (v. op. cit., p. 22). Não obstante, JARDIM, traz em sua obra *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*, Rio de Janeiro: Forense, 1994, *passim*, como o próprio título demonstra, e, sob a ótica do Ministério Público, bons argumentos inerentes à publicização do processo penal.

consideradas mais graves) ainda se encontram nas mãos do Estado a legitimidade da persecução penal (v. art. 129, CF/88 – a Constituição, sempre...) e a competência de processo e julgamento, o que, entre bens e males ainda é uma garantia maior ao cidadão imputado, do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Assim, ainda com DINAMARCO, temos que: *A nota de publicidade do processo tem como causa imediata, resumidamente, a indisponibilidade de direitos; e, como reflexo funcional no processo, a sua inquisitividade. O interesse público transcendente aos limites objetivos e subjetivos do litígio é que fada à ineficácia a inércia das partes ou ato dispositivo de situações jurídico-processuais, pois do contrário esses comportamentos conduziriam indiretamente ao sacrifício da sociedade interessada no resultado do pleito.*⁷⁹

Portanto, pode-se concluir que os pontos fundamentais caracterizadores do aspecto público do processo penal estão nos seguintes aspectos:

- a) **inquisitividade**, aqui como o monopólio estatal na administração do processo, bem como a plena gestão das provas inerentes ao mesmo, tanto as submetidas à jurisdição, como as que o julgador pretenda, de ofício, produzir, na busca da verdade real.
- b) **Indisponibilidade**, esta inerente ao legitimado ativo da ação penal, qual seja, o Ministério Público, bem como à comunidade mesma, a vítima, réu e/ou qualquer cidadão. Todos estes (respeitadas as exceções naturais, como a prescrição, p. ex.), ficam submetidos ao curso do processo até a solução final, independentemente de acordo, transação, composição ou falta de interesse de quem quer que seja. Mais uma vez, a busca da verdade real, como elemento essencial à

⁷⁹ - Idem, p. 57.

segurança jurídica e imposição de limites à própria inquisitividade, gerando assim uma garantia do acusado tanto contra o interesse social imediato, bem como quanto ao poder estatal.

c) **Jurisdição como elemento de pacificação social**, no sentido de que, como meio de evitar a vingança privada, mas, aliado ao mesmo tempo ao ideal social de repressão ao crime e concretização do ideal de justiça, protege eventuais inocentes e garante, a eventuais culpados, o transcurso de um julgamento justo e humano, dentro dos padrões da esfera constitucional, tratando a todos os cidadãos com igualdade e garantindo um potencial democrático à prática processual.

Note-se que todos os elementos de nossa relação (que não pretende ser exaustiva, até porque, a democracia é dialética) estão permeados de princípios constitucionais (para aludir mais uma vez à relação principiológica entre processo e constituição) tais como justiça, democracia, segurança, paz social, dignidade da pessoa humana, estado de inocência, vontade geral, juiz natural etc..⁸⁰ Não há como negar, pois, o caráter eminentemente público do processo penal, que deve, acima de tudo, ser tratado sempre com os olhos da Constituição da República.

1.4. Acerca das garantias constitucionais do processo penal

1.4.1. Garantias constitucionais e Estado de Direito

⁸⁰ - V. CF/1988: preâmbulo, art. 1º, III e parágrafo único; art. 3º, IV; art. 5º, *caput*, e incs. XXXV, XXXVI, LIII, LVII, isto para nos atermos apenas aos exemplos dados acima.

Pesquisar as origens das garantias constitucionais é encontrar no Iluminismo e na ascensão do pensamento liberal dos Sécs. XVII e XVIII, mais precisamente neste último, a fonte necessária para a sua compreensão, a partir do momento em que nasciam ali, as chamadas “declarações de direitos do homem e do cidadão”.⁸¹

Apesar de autores como LÖEWENSTEIN⁸², por exemplo, enfatizarem a impropriedade do raciocínio que relaciona a criação do conceito de constituição à fase moderna, raciocínio esse que coloca a Revolução Francesa

⁸¹ - Há que se fazer uma ressalva para a Magna Carta, de 1215, ou os Bills of Rights, da Inglaterra e Estados Americanos, que, apesar de conter ali garantias importantíssimas, sendo a primeira citada, inclusive, a mãe dos direitos fundamentais, e, evidentemente, do “devido processo legal”, objeto de nosso estudo no próximo capítulo. Entretanto, as declarações de direitos como ideologia liberal e como influência histórica, não resta dúvida, repousam nos ideais que moveram a deflagração da Revolução Francesa, de 1789. Dizia-se, inclusive, na França à época: “os americanos fizeram uma revolução para si, e nós, franceses, fizemos uma revolução para o mundo”. É que, tanto a Magna Carta, de João-Sem-Terra, quanto os demais documentos citados, foram originários dos direitos fundamentais, direitos que, apesar de serem confundidos com as garantias institucionais, carecem, no mais das vezes, de uma abordagem diversificada, o que tentaremos apontar em continuidade do presente trabalho. Não obstante Vejamos, por exemplo, a elucidativa abordagem histórica apontada por SCHMITT, que, apesar da extensão, necessário transcrever: *Se citan por unos y otros como primera Declaración de Derechos fundamentales, la Magna Carta de 1215 (...), el Acta de Habeas Corpus de 1679 (protección contra prisiones arbitrarias y derecho a ser oído por el juez) y el Bill of Rights de 1688 (...). En realidad, son regulaciones contractuales o legales de los derechos de los barones o burgueses ingleses, que si bien han tomado, en un proceso insensible, el carácter de los modernos principios, no tuvieron originariamente el sentido de derechos fundamentales: La historia de los derechos fundamentales comienza propiamente con las declaraciones formuladas por los Estados americanos en el siglo XVIII, al fundar su independencia respecto de Inglaterra. Agui, en verdad, se indica el comienzo, según una frase de RANKE – de la Era democrática – más exacto: liberal – y del moderno Estado de derecho liberal-burgués, si bien aquellas declaraciones americanas estaban, como “Bills of Rights”, en la línea de la tradición inglesa.* (SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, p.182).

⁸² - LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, 2. ed., 1.^a reimpressão, Barcelona: Ariel, 1979, p. 154-155. Referimo-nos às demonstrações que o citado professor nos dá de que tantos os hebreus como os japoneses, em era anterior a Cristo, já possuíam documentos e costumes constitucionais.

no topo desse movimento, não há como se negar que a estrutura constitucional do Ocidente, na atualidade, mormente (mas não somente) no que tange às declarações de direitos, segue os padrões constitucionais dos anos 1700. Nesse contexto, pode-se argumentar que o constitucionalismo moderno (caracterizado, salvo as tradicionais exceções – Inglaterra, p. ex., em certos aspectos – pelas constituições escritas, rígidas, dotadas de supremacia, catálogos de direitos individuais etc.) tem suas raízes na Era das Luzes.

Em que pese, porém, o individualismo imperante na concepção liberal originária das primeiras constituições escritas da nova fase histórica, individualismo esse, próprio de uma classe aristocrática que vislumbrava sua ascensão ao poder, não há como negar a grande contribuição humanista que aquela ideologia, mesmo talvez sem querer, legou ao mundo todo e à história. Essa contribuição reside não só nas declarações de direitos, mas também, na exaltação do princípio da legalidade, como forma de exclusão da idéia do poder como inspiração divina, mas como fruto de determinação legal, à qual até mesmo o então detentor do poder está subordinado; à idéia da supremacia da Constituição, ou seja, a submissão de todo o ordenamento jurídico do Estado à Lei Maior votada e aprovada através do Poder Constituinte, que, segundo já lembrava SIEYÈS⁸³, reside na nação, como um todo.

Nascia, assim, o Estado de Direito, uma característica de Estado organizada sob o império da legalidade e supremacia da constituição. PIERRE PACTET, em recente obra, assinala a característica e objetivos do Estado de Direito, lar necessário das garantias constitucionais: *Dans les États démocratiques et libéraux, l'aménagement du pouvoir a pour objectif l'institution d'un État de droit caractérisé par la volonté d'éliminer*

⁸³ - SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État*, Org. e introdução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, *passim*.

*l'arbitraire des gouvernants. Sans revenir sur les exigences déjà étudiées (séparation des pouvoirs, proclamation des libertés et des droits, contrôle de constitutionnalité, etc.), l'État de droit implique aussi un encadrement juridique du pouvoir, l'indépendance de l'autorité juridictionnelle, une finalité humaniste et libérale des institutions et des normes.*⁸⁴ É esse humanismo e esse interesse em por fim à arbitrariedade, que impulsiona as idéias liberais no sentido da criação das Cartas de Direitos. Veja-se, confirmando essa linha, as palavras de VERDÚ: *Las garantías constitucionales corresponden a la imagen liberal del Estado de Derecho, al concepto liberal de la Constitución en cuanto instrumento de la garantía y seguridad individuales.*⁸⁵

Não obstante, são muitas as teorias a respeito da exata origem desse movimento liberal que revolucionou as relações humanas. Em PINTO FERREIRA⁸⁶, por exemplo, encontramos uma boa colação de tentativas de explicar as causas desse movimento ascensional, como diz o mestre, tais quais a Reforma religiosa preconizada por Martinho Lutero, onde o espírito de liberdade religiosa fora aos poucos transportando-se para o campo da política e gerando a busca da atenção à liberdade individual. Encontramos também as idéias de Sombart e outros, que colocavam na economia o fator preponderante para a ascensão do liberalismo, sendo que, para estes, *na liberdade das forças*

⁸⁴ - PACTET, Pierre. *Institutions politiques/droit constitutionnel*, 15. ed., Paris: Armand Colin, 1996, p. 124. Traduzimos: “Nos Estados democráticos e liberais, a organização do poder tem por objetivo a instituição de um Estado de direito caracterizado pela vontade de eliminar a arbitrariedade dos governantes. Sem retomar as exigências já estudadas (separação dos poderes, proclamação das liberdades e dos direitos, controle da constitucionalidade etc.), o Estado de direito implica também um enquadramento jurídico de poder, a independência da autoridade jurisdicional, uma finalidade humanista e liberal das instituições e normas”.

⁸⁵ - VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*, 3. ed., vol. II, Madrid: Tecnos, 1986, p. 663.

⁸⁶ - PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 6. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 553.

*econômicas, teria dinamitado a estrutura dos privilégios feudais, destruindo o “antigo regime” e levando o novo mundo das liberdades e garantias individuais.*⁸⁷ O próprio Verdù, já citado, também demonstra sua queda pela explicação econômica, afirmando serem as garantias constitucionais não um privilégio de cada indivíduo dentro de seu próprio estamento, mas sim, dos indivíduos inseridos numa sociedade de classes⁸⁸.

Quis dizer o mestre, nessa linha economicista, que, apesar de constitucionalizadas, as garantias poderiam (na prática) ser exercidas de formas diferentes, tudo dependendo da classe, posição social ou “vínculos” que tivesse uma pessoa.

Tal pensamento, aliás, guarda uma certa relação com o que será apresentado no Capítulo III, deste trabalho. Guardem-se, portanto, essas idéias para o momento oportuno.

Com efeito, num aspecto, porém, todos são na mesma direção: os direitos e garantias individuais de *status* constitucional, portanto, no ápice da ordem jurídica, nasceram com o Estado de Direito, consequência da elevação do princípio da legalidade à qualidade de fundamento das liberdades.

Mas há um aspecto a ser ressaltado, que consideramos pouco explorado atualmente.

Trata-se da teoria das garantias institucionais, que pretendeu (ao contrário do que possa parecer, ou seja, antes de enfraquecer os direitos individuais, próprios da liberdade, conseguidos a duras penas) fortalecer o aspecto social das garantias constitucionais, elevando a proteção dos direitos coletivos à esfera de instituições constitucionalmente protegidas.

⁸⁷ - Idem. Ibidem.

⁸⁸ - VERDÙ, Pablo Lucas. Op. e p. cit.

1.4.2. Garantias constitucionais, direitos fundamentais, e garantias institucionais.

Autores da mais alta estirpe têm enfatizado a necessidade de se atentar para a diferenciação entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais, uns, relativizando a diferença de ambos os conceitos com o de garantias constitucionais, e outros ainda, separando cada um dos conceitos em lugar diverso.

A primeira distinção que se há de fazer, antes de entrar nos direitos fundamentais e nas garantias constitucionais e institucionais, está exatamente entre “direitos” (de uma forma geral) e “garantias” (também, de uma forma geral).

Neste contexto, enquanto os primeiros são tidos, conforme aponta BONAVIDES, como *a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos*⁸⁹, as segundas, são vistas como *o requisito de legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil*.⁹⁰

Assim, após as definições apresentadas, menos custa entender a distinção, no sentido de que o direito diz respeito à pessoa mesma, ao sujeito que o detém, enquanto a garantia diz respeito ao Estado, que deve, além de respeitar ele mesmo o direito, zelar para que tal direito não seja lesado. A

⁸⁹ - BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 483-4. Esse conceito de direito tem hoje certas ressalvas, já que, certos direitos subjetivos vão além da mera faculdade, independentemente da vontade do sujeito, de fazer ou não uso dos mesmos. Os direitos fundamentais, por excelência, extrapolam os limites da faculdade. Veja-se, p. ex., o direito à vida: ainda que o seu sujeito queira dele abrir mão, trata-se de direito indisponível, significando isso que não falamos apenas de uma mera faculdade. Não obstante, para o entendimento do que aqui está sendo exposto, os conceitos apresentados são suficientes.

⁹⁰ - Idem. Aqui, o autor cita Rui Barbosa.

garantia é a forma de se fazer valer o direito, é um instrumento através do qual se busca evitar que o direito fique apenas no plano da letra⁹¹. Nunca é demais trazer ainda, as palavras de Jorge Miranda, lembrado por BONAVIDES, no sentido da diferenciação estudada: *Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.*⁹².

Fala-se em direitos e garantias, e quando se pensa nos primeiros faz-se automaticamente a sua relação com a positividade, ou seja, são direitos porque o ordenamento jurídico os prevê, os reconhece enquanto direitos inerentes ao Estado, compreendendo administração e administrados. Todavia, quando se fala em direitos fundamentais, aí há que se reconhecer a transcendental abrangência destes. Não são direitos positivados apenas, nem são direitos porque estejam positivados, tampouco deixam de sê-los pela falta de positividade. Os direitos fundamentais, embora nascidos gêmeos do Estado de Direito, portanto, juntamente com o princípio da legalidade, são

⁹¹ - Indispensável lembrar o mestre GOMES CANOTILHO, op. cit, p. 520. Para ele, não há necessariamente uma diferenciação entre garantias e direitos, ou, conforme suas palavras: *Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a protecção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do nullum crimen sine lege e nulla poena sine crimen, direito de habeas corpus, princípio non bis in idem).* Longe de discordar do mestre, porque esta confusão acaba existindo, optamos pela diferenciação ora apontada, visando uma abordagem mais didática.

⁹² - MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, Coimbra, 1988, p. 88-89, *apud* BONAVIDES, op. cit., p. 484.

paradoxalmente, frutos de uma herança jusnaturalista da qual esse mesmo Estado de Direito, da Legalidade, não conseguiu, e evidentemente nem pretendeu, abrir mão. Isto porque são direitos inerentes (*a priori*) a todos os seres humanos, em qualquer Estado, democrático ou não, que os reconheça ou não. São direitos das pessoas pelo simples fato de serem humanas, portanto, detentoras de prerrogativas atribuídas a toda a espécie, e reconhecidas onde quer que, na face da Terra, haja ali um seu semelhante. Nisto, retas são as palavras de BAZDRESCH que, distingue as garantias dos direitos (que ele chama de humanos, mas que se trata apenas de uma das várias denominações dos direitos fundamentais), e, embora lembrando a importância das três teorias principais existentes para explicar a vigência dos direitos fundamentais, ou seja, a “naturalista”, que tem os direitos fundamentais como inerentes ao ser humano como tal, portanto, *a priori*, a “socialista”, que traz a criação dos direitos fundamentais como fruto, ou conseqüência das lutas de classes, como já demonstrado, e a “legalista”, ou seja, a corrente que defende o nascimento dos direitos fundamentais diretamente ligado à positivação, ou seja, os direitos fundamentais só existem num determinado Estado, na medida em que este Estado os reconheça através de suas leis e, evidentemente, de sua Constituição. Por esta última corrente, direitos fundamentais que não estejam positivados, não existem no Estado, não são reconhecidos.

Mas BAZDRESCH acaba por optar pela primeira teoria, a naturalista, corroborando a tese que aqui já foi apontada: *las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del hombre, que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano; esto es, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son facultades de actuar o disfrutar y garantías, que son los compromisos del*

*Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos.*⁹³ E segue: *si la ley constitutiva de determinado Estado no menciona ni garantiza ningún derecho del hombre, tal omisión no significa que los humanos afectados no los tengan, sino que simplemente les son desconocidos en esse Estado; aunque parece claro que si los tienen deben serles reconocidos, bajo la forma de otorgamiento, de declaración o cualquiera otra.*⁹⁴

Destarte, quando se fala especificamente em garantias constitucionais, temos, com Bonavides, que as mesmas podem ser vistas de duas formas: uma primeira, em sua acepção lata, ou seja, as garantias constitucionais como garantias da Constituição mesma, de sua efetividade. Tudo que a própria Constituição traz para garantir que suas normas hão de ser cumpridas, bem como a Ordem que esta Constituição estabelece permanecerá segura, pode ser considerado garantia constitucional no sentido lato. Veja-se, por exemplo, os mecanismos de reforma da Constituição, o estado de defesa, o estado de sítio.⁹⁵ O mesmo se dá com os mecanismos de controle da constitucionalidade no plano abstrato, as ações diretas de inconstitucionalidade, por ação e por omissão.

De outra banda, no que tange à acepção estrita (mais afeita ao tema em estudo), as garantias constitucionais dizem respeito aos direitos subjetivos a serem resguardados pela Carta Magna. E tal definição não se restringe à garantia em si, positivada na Constituição (ex. ampla defesa, contraditório, liberdade de locomoção, acesso à justiça) mas também aos instrumentos aptos a se fazerem valer aqueles direitos correspondentes a tais garantias (ex. *habeas*

⁹³ - BAZDRESCH, Luis. *Curso elemental de garantías constitucionales*. Mexico: Jus, 1977, p. 14.

⁹⁴ - Idem, p. 15.

⁹⁵ - Nesse sentido, BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 488. V. Também, VERDÚ, Pablo Lucas. Op. cit., p. 667.

corpus, habeas data etc.). É nesse sentido que se encontra o direito constitucional do processo — já apontado por nós —, onde, na instrumentalização constitucional do processo, encontramos o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, para citar alguns exemplos, assegurando a igualdade, a liberdade, o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana.

FERREIRA FILHO, por sua vez, seguindo a esteira de Rui Barbosa, aponta vários sentidos de garantia⁹⁶, quais sejam, num *sentido amplíssimo*, seriam as garantias da Constituição mesma, visando a harmonia entre os poderes e assim assegurando sua efetividade através dos freios e contrapesos, que o autor chama de garantias-sistema, pois derivam do sistema constitucional; num *sentido amplo*, seriam os sistemas de proteção organizado para a defesa daqueles direitos, das instituições, ou seja, as garantias institucionais e em *sentido restrito*, as atinentes aos direitos inerentes aos indivíduos.⁹⁷

Mas já foi frisado neste trabalho⁹⁸, um ponto que, imagina-se, encontra seu fechamento nas garantias chamadas institucionais. É que, não basta que se tenha garantias “contra” o Estado. É preciso que o Estado, além de limitar-se, na ótica liberal, participe também, garantindo pela atuação, os direitos em âmbito de 2ª e 3ª gerações, nem que seja, no processo, através do indivíduo (como já fora mencionado, ou seja, o imediato garantindo mediatamente).

Essa idéia poderá receber críticas dos mais afeitos à limitação liberal das garantias constitucionais, que dirão: não se pode falar em direitos sociais no processo, que é de cunho individual e não se estende além do imputado,

⁹⁶ - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 32.

⁹⁷ - Idem.

⁹⁸ - V. item 1.1.2., p. 8 e ss.

tampouco falar-se em direitos de 3ª geração (os difusos, p. ex.) onde não há uma delimitação nítida do detentor de tais direitos. Esse raciocínio estará certo se a concepção de direitos sociais e direitos da fraternidade estiver restrita aos limites ora descritos.

Mas a pergunta a se fazer é: tal limitação, ou delimitação (individuais, sociais, coletivos e difusos), nos moldes em que fora teorizada, ainda é cabível? Entende-se que essa delimitação existe e foi nascendo com a história, todos sabem, justamente para que se identificasse, nessa história, a presença de novos direitos. Entretanto, são todos direitos fundamentais, e se prestam à concretização da democracia através das garantias. Porque o processo é direcionado apenas ao imputado não significa que haja um limite de direitos fundamentais específicos aplicáveis ao caso. Os direitos existem, como já fora mencionado, independentemente da vontade do indivíduo e do Estado, e hão de ser argüídos na medida da necessidade, onde quer que se façam necessários⁹⁹. Não obstante essas considerações, que serão retomadas oportunamente. Volte-se às garantias...

⁹⁹ - Veja-se, a propósito, o que nos ensina o grande Norberto Bobbio (in : BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 18-19), a respeito: (...) *os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. É claro que a opinião do mestre italiano tem um certo teor de positivismo. Entretanto, o que não se pode negar é que, se se demonstrou que os direitos nascem e*

Uma visão mais ampla das garantias, consequência do direcionamento social do constitucionalismo do início do Século, vem sendo desenvolvida, mormente a partir das idéias preconizadas por SCHMITT, por ocasião dos estudos da Constituição de Weimar. Foi SCHMITT o principal teorizador desse novo tipo de garantias, as garantias institucionais, apontando-as como uma extensão social das garantias constitucionais, que, até então, traziam consigo um teor eminentemente liberal, individualista, incondizente com a nova doutrina constitucional do Século XX, mais consoante com os direitos sociais.

Vejamos as considerações de BONAVIDES a respeito: *Uma das maiores novidades do século XX é o reconhecimento das garantias institucionais, tão importante para a compreensão dos fundamentos do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal.*¹⁰⁰ E continua o grande mestre, explicando, com inigualável clareza, o significado e a abrangência desse instituto: *A garantia institucional tem sido mais descrita, analisada e particularizada como um instituto de direito público, materialmente variável segundo a natureza da instituição protegida, vinculada sobretudo a uma determinada Constituição ou a um determinado regime político de organização do Estado do que em rigor definida ou vazada na solidez de um conceito, posto já fora de toda controvérsia doutrinária.*

Todavia, compreendendo bem o risco, as insuficiências e as vacilações que ainda subsistem na esfera teórica, não nos furtamos a traçar, com firme convicção, o nosso entendimento acerca do que seja uma garantia institucional.

renascem com os tempos e as culturas, também é certo que os conceitos mesmos, dos direitos já existentes, são também passíveis desta mudança.

¹⁰⁰ - BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 492.

*A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.*¹⁰¹

Essa controvérsia quanto à conceituação e identificação das garantias institucionais, de que, aliás, Bonavides, embora com a coragem de pioneiro, fez questão de demonstrar o receio intelectual na definição, pode encontrar explicação justamente na origem. Criada sob a égide do Estado Social, de suas idéias, de sua contraposição ao individualismo liberal, essa categoria sofreu o mesmo tratamento dispensado às normas constitucionais consideradas diretivas ou programáticas, sem força vinculativa equiparável às normas consideradas genuinamente constitucionais.¹⁰²

Não obstante, a compreensão de tal instituto, para quem estivesse familiarizado com o conceito só de garantias constitucionais e direitos fundamentais, já trazia certos complicadores, conforme se verifica nas palavras do próprio SCHMITT: *La garantía institucional es, por su esencia, limitada. Existe sólo dentro del Estado, y se basa, no en la idea de una esfera de libertad ilimitada en principio, sino que afecta a una institución jurídicamente reconocida, que, como tal, es siempre una cosa circunscrita y delimitada, al servicio de ciertas tareas y ciertos fines, aun cuando las tareas no estén especializadas en particular, y sea admisible una cierta "universalidad".*¹⁰³

Meirelles TEIXEIRA deixa também a sua contribuição na compreensão do significado e extensão das garantias institucionais, ou, como preferiu chamar, dos “direitos institucionais”: *já vimos em que consistem estes direitos,*

¹⁰¹ - Idem, Ibidem.

¹⁰² - Sobre esse tema, v. nota 20.

¹⁰³ - SCHMITT, Carl. Op. cit., p. 198.

*também denominados “princípios institucionais”, ou “garantias institucionais”. Preferimos, todavia, a denominação direitos institucionais porque eles configuram verdadeiros direitos subjetivos, e ainda, para não confundi-los com as garantias gerais ou específicas da liberdade (garantias constitucionais). Vimos que tais direitos [os institucionais] se configuram quando a Constituição garante a existência de instituições, de institutos, de princípios jurídicos, ou ainda a permanência de certas situações de fato – , não podendo, portanto, confundir-se nem com os direitos fundamentais, nem com os direitos sociais, nem, finalmente, com os direitos políticos dos indivíduos.*¹⁰⁴

Ainda, lembrando o preconizador da categoria estudada, Meirelles TEIXEIRA continua sua explicação, apontando como caracteres dos direitos institucionais, dos quais pode-se destacar: a) a sua limitação, dado existirem apenas nos limites do Estado, e, com isso, estarem delimitados em serviços e tarefas; b) a sua circunscrição a uma instituição preestabelecida constitucionalmente; c) a sua existência somente dentro do Estado, ou seja, sua dependência deste, ao contrário do que se viu dos direitos fundamentais, que independem do Estado pois inerentes à própria natureza humana; d) a sua relatividade, a partir do momento em que dependem da atuação do legislador ordinário para verem garantida a sua existência, sendo que a Constituição apenas cria o instituto ou a instituição que lhes dará origem; e assim por diante.¹⁰⁵

¹⁰⁴ - TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 696. (À frente veremos que, segundo Bonavides, as garantias constitucionais, longe de se confundir terminologicamente com tais direitos, os abrangem, como também aos direitos fundamentais. Não obstante, aproveita-se aqui, o conceito de Teixeira).

¹⁰⁵ - Idem, p. 696-7. Discorre o autor: “Como caracteres desses direitos, ou “garantias institucionais”, como os denomina, aponta Schmitt os seguintes: a) são, por sua essência, limitados, isto é, somente existem dentro do Estado, afetando uma

Como se viu, em contraposição à hegemonia dos direitos individuais (humanos, fundamentais) era preciso criar uma forma de se voltar a atenção devida ao aspecto social, daí, as garantias institucionais. Note-se que, conforme analisou Meirelles Teixeira, à luz da doutrina de Schmitt, tais garantias só existem nos limites da Constituição do Estado. São, portanto, uma criação, ou objeto de maior atenção, do Estado Social, inerente à família, liberdade de imprensa, funcionalismo público, a instituição do tribunal do júri, a propriedade, à educação e ensino, à saúde (incluídas aqui, também, algumas garantias do instituto, sendo estas definidas como aquelas que tem uma relação de causalidade com os direitos fundamentais, etc.).

Isto, porém, não significa que tenham vinculação diretiva, programática ou qualquer nome que se queira atribuir, até porque, sabemos que vige em nosso sistema o Princípio da Unidade da Constituição, onde todas as normas vinculam como normas constitucionais indistintamente, não prevalecendo uma

instituição juridicamente reconhecida, que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada, de serviços, de certas tarefas e de certos fins, ainda quando essas tarefas não estejam particularmente designadas, e seja admissível uma “universalidade do seu círculo de atuação”; b) a proteção jurídico-constitucional visa justamente esse círculo de relações, ou de fins; c) existem dentro do Estado, não antes ou acima dele, pois o Estado moderno é uma unidade política cerrada, é o status por essência, um “status” total, que relativiza em seu seio todos os demais status. Não pode, portanto, reconhecer em seu seio nenhum status de direito público, ou ente intermediário, dados antes dele, sobre ele, que se lhe sobreponham, ou se lhe equiparem, como independentes de sua esfera; d) além de limitados, são relativos, isto é, existem e são garantidos apenas nos limites da lei, ou de acordo com as leis. Enquanto o conteúdo dos direitos fundamentais considera-se anterior à lei, resultante da própria ordem natural das coisas, da natureza e dos atributos da pessoa humana, e as restrições legais a esse conteúdo apresentam-se como excepcionais, já em relação aos direitos institucionais o conteúdo destes é dado pela própria lei, que lhe fixa soberanamente a extensão e os limites. “O que a Constituição garante, aqui, é somente a existência da instituição ou do instituto como tal, isto é, com um conteúdo mínimo que ela mesma poderá indicar ou estabelecer.”

sobre outra, nem tendo qualquer delas eficácia infraconstitucional por ser considerada de menor valor.

É que, no auge do Estado Liberal, tais garantias também constavam das constituições, entretanto não lhes era dada a devida atenção, justamente por terem um cunho social e aquela ideologia estatal voltar-se amplamente para o individualismo, como aliás, já fora demonstrado.

Ocorre que essa distinção entre garantias institucionais e direitos fundamentais, apesar de reconhecida, tem sido relativizada (e está aí o ponto onde se queria chegar) pela doutrina atual. Gomes Canotilho chega a mencionar um “duplo caráter” de alguns direitos fundamentais, conforme lembra BONAVIDES: *Na explanação feita a propósito dos direitos fundamentais foi salientado o duplo carácter de alguns direitos fundamentais (direito subjetivo e garantia institucional). Quer isto dizer que as normas referentes aos direitos fundamentais e às garantias institucionais estão estreitamente ligadas. Assim, por exemplo, a Constituição [refere-se à Constituição portuguesa], ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (art. 36, n. 1), assegura a proteção da família como instituição. O mesmo se diga da maternidade (art. 68), do ensino (art. 73), etc.*¹⁰⁶

Com efeito, o próprio BONAVIDES, quando discorre sobre as garantias constitucionais, pretendendo demonstrar a abrangência destas, bem como deixar clara a importância de uma unificação no trato das garantias institucionais e dos direitos fundamentais, para que assim, se chegue efetivamente à força da Constituição como documento da democracia, coloca o

¹⁰⁶ - BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 499. O autor usa a 4ª edição da obra de Gomes Canotilho. Encontramos a mesma idéia, mas com outra estrutura na 6ª edição, à qual usamos para as pesquisas deste trabalho. Com efeito, v. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*, 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994, p. 521-2.

conceito daquelas primeiras na forma que consideramos definitiva: *a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado.*¹⁰⁷ E conclui: *Afigura-se-nos que unicamente nesse sentido é possível falar ainda em garantia constitucional, sem ficarmos preso à estreiteza e à unilateralidade clássica de sua acepção, dantes restrita tão-somente à proteção de liberdades e direitos individuais.*¹⁰⁸

Fica fácil, daí, entender o objetivo buscado no tópico presente: Se as garantias constitucionais abrangem a proteção dos direitos fundamentais bem como dos direitos institucionais, e, se os direitos institucionais abrangem também as garantias do instituto, não é desmesurado falar em uma proteção ampla, abrangente de todas as gerações de direitos, com participação efetiva do Estado, no processo penal. Ora, o devido processo penal é uma garantia constitucional que diz respeito ao indivíduo, na proteção de seus direitos fundamentais, como também é uma instituição ou uma garantia do instituto (o instituto do devido processo penal, que serve de suporte da própria supremacia da Constituição sobre o direito processual), e, por isso, amplificado à esfera tanto individual quanto social.

Quer-se dizer, e este será o mote de todo o trabalho, que, se o devido processo penal é garantia constitucional, portanto garantidora dos direitos individuais e institucionais, deverá esta garantia estar presente não só como elemento limitador da esfera de poder do Estado em favor do cidadão (individualista), mas também como elemento de exigência de um Estado participativo, atuante, no objetivo de estabelecer a igualdade processual, a

¹⁰⁷ - Idem, p. 493.

¹⁰⁸ - Idem, ibidem.

segurança jurídica em âmbito social, o acesso à justiça, a prestação jurisdicional tempestiva etc..¹⁰⁹

O processo penal (o devido processo penal), portanto, não é uma garantia individual do cidadão contra o Estado, nos moldes das teorias liberais; o devido processo penal, é sim, uma garantia constitucional (com a amplitude apresentada atrás, por Bonavides) do indivíduo imputado e da sociedade, que confiam ao Estado a função de, em cumprindo a Constituição, garantir um processo justo, humano e voltado à busca da verdade real.

1.4.3. Garantias constitucionais no Brasil: um resumo histórico

Pode-se dizer que o saldo histórico das garantias constitucionais no Brasil é bom, pelo menos do ponto de vista da positividade, ou seja, da previsão constitucional.

É que, desde a primeira Constituição brasileira, a Constituição do Império, de 1824, contaminada, evidentemente, pelos ideais liberais que extravasavam os limites da Europa, o nosso Ordenamento já trazia no seu bojo algumas garantias constitucionais, que, como já fora comentado anteriormente, pelas próprias características das garantias mesmas, e, pela dinâmica do contexto histórico, em alguns casos eram mais, em outros eram menos e diferentes em uma ou outra época.

¹⁰⁹ - Uma abordagem nesse sentido, voltada especificamente para a investigação criminal, está em CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995, p. 24-25. Aqui, o autor, defendendo uma inserção das garantias constitucionais já no inquérito policial, defende *uma nova postura ética do Estado para com o indivíduo submetido à constrição da liberdade, elevando sua condição de pessoa humana independentemente do feito cometido e colocando pautas mínimas de materialização dessa "nova condição humana" no processo*. Quando tratarmos, no Terceiro Capítulo, da condição do réu no processo, voltaremos a este ponto com mais detalhes.

Com efeito, dada a extensão do tema, bem como por uma questão de coerência, limitar-se-á, aqui, a uma descrição sucinta das **garantias constitucionais do processo penal**, ou garantias processuais penais, que delineiam a história constitucional no nosso País.

Destarte, a **Constituição do Império, de 25 de março de 1824**, como já dito, por influência do Liberalismo europeu, trazia as garantias processuais no seu artigo 179, incisos VIII a XII e também, entende-se aqui, no inciso XIII, que trazia o princípio da igualdade. Note-se que o artigo 179 era o fechamento daquela Carta. Destacam-se, portanto, na Constituição Imperial, as garantias processuais da exigência da culpa formada para se executar a prisão; a previsão do pagamento de fiança e de o réu livrar-se solto em determinados casos; a prisão em flagrante sendo já considerada uma exceção, tendo como regra a ordenada por autoridade (em que pese a generalidade do termo autoridade lá mencionado), bem como, a possibilidade de incidir punição até mesmo ao juiz, no caso de prisão arbitrária, e o devido processo, embora estabelecido com outra linguagem, no inciso XI, do art. 179.¹¹⁰

¹¹⁰ - CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. *Todas as constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971, p. 600-601. Ressalte-se que, daqui por diante, as referências à garantias constitucionais serão sempre extraídas da obra em questão. Os negritos foram inseridos por nós para melhor visualização.

Constituição do Império, de 25 de março de 1824 (*in verbis*):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte

(...)

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei admite: e em geral nos

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, instauradora da forma republicana de governo no Brasil, traz, na sua SECÇÃO II, um capítulo intitulado “DECLARAÇÃO DE DIREITOS”, destacando-se ali, dentre as garantias processuais, como lembra LUIZ LUISI¹¹¹, a inauguração em nosso Ordenamento da garantia da “ampla defesa” (art. 72, parágrafo 16). Não obstante, trazia também a primeira Constituição Republicana, no seu art. 72, outras garantias processuais, das quais, destacamos a previsão expressa do princípio da igualdade (que reputamos também inerente ao processo) no parágrafo 2º; o direito de petição no parágrafo 9º; a excepcionalidade da prisão sem ordem escrita da autoridade competente, no caso de flagrante, prevista no parágrafo 13; a exigibilidade do arbitramento da fiança, parágrafo 14; e algo como o princípio do juiz natural (autoridade competente para sentenciar) mesclado com o devido processo, parágrafo 15. Merece destaque, também, o

crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis meses de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo Livrar-se solto.

X. Á excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.

XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.

XIII. A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

¹¹¹ - LUISI, Luiz Benito Vigiano. *A crise das garantias processuais penais*. In : *Latu Sensu: Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Vol. 1, Cruz Alta: UNICRUZ, Departamento de Ciências Jurídicas, 1997, p. 59-67.

habeas corpus, previsto no parágrafo 22, do mesmo art. 72, com as características atuais.¹¹²

Quanto à **Constituição de 16 de julho de 1934**, apesar de sua característica de ampliação democrática em outros setores, no que tange às garantias constitucionais, o que se pode tirar de novidade talvez esteja na previsão da “assistência judiciária aos necessitados” no art. 113, inciso 32, o que não nos deixa esquecer, porém, que aquele momento constitucional vivia o auge da discussão da baixa normatividade das chamadas normas constitucionais de caráter diretivo, programático. Não obstante, merece destaque seu “CAPÍTULO II”, do “TÍTULO III”, que traz a denominação “DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAES”, direitos e garantias esses, estampados no artigo 113, que trazia em seu inciso 1, o princípio da

¹¹² - **Constituição de 24 de fevereiro de 1891 – com a redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926. (*in verbis*):**

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Todos são iguaes perante a lei. (...)

§ 9º É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes publicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados.

§ 13. Á excepção do flagrante delito, a prisão não poderá executar-se, sinão depois de pronuncia do indiciado, salvos os casos determinados em lei, e mediante ordem escripta da autoridade competente.

§ 14. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as excepções especificadas em lei, nem levado á prisão, ou nella detido, si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei a admittir.

§ 15. Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada.

§ 16. Aos accusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas.

§ 22. Dar-se-há o *habeas-corpus* sempre que alguém soffrer ou se achar em iminente perigo de soffrer violencia, por meio de prisão ou constrangimento illegal, em sua liberdade de locomoção.

igualdade; no inciso 10, o direito de petição; no inciso 21 a excepcionalidade da prisão em flagrante e obrigatoriedade de sua comunicação à autoridade judiciária em 24 horas; no inciso 22, a obrigatoriedade da fiança nos casos cabíveis; no inciso 23, o *habeas corpus* (com acréscimo textual expresso de exceção para as transgressões disciplinares); no inciso 24, a “ampla defesa”; no inciso 25, a proibição de foro privilegiado ou tribunais de exceção; e, no inciso 26, a imposição de julgamento apenas por autoridade competente (algo, também, como uma mescla entre o princípio do juiz natural e do devido processo, como mencionamos em relação à Constituição de 1891), além, evidentemente, dos incisos 32 e 35, já mencionados.¹¹³

§ 31. É mantida a instituição do Jury.

¹¹³ - **Constituição de 16 de julho de 1934 (*in verbis*):**

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

1) Todos são iguaes perante a lei. (...)

10) É permitido a quem quer que seja representar, mediante petição, aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover-lhes a responsabilidade.

21) Ninguém será preso senão em flagrante delicto, ou por ordem escripta da autoridade competente, nos casos expressos em lei. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será immediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal, e promoverá, sempre que de direito, a responsabilidade da autoridade coactora.

22) Ninguém ficará preso, se prestar fiança idonea nos casos por leis estatuidos.

23) Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém soffrer, ou se achar ameaçado de soffrer violencia ou coacção em sua liberdade, por illegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não cabe o *habeas corpus*.

24) A lei assegurará aos accusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciaes a esta.

25) Não haverá fôro privilegiado nem tribunaes de excepção; admittem-se, porém, juizos especiaes em razão da natureza das causas.

26) Ninguém será processado, nem sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao facto, e na fôrma por ella prescripta.

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistencia judiciaria, creando, para esse effeito, órgãos especiaes, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e sellos.

35) A lei assegurará o rapido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos

De se lembrar finalmente que, aqui, a instituição do júri fora retirada do âmbito constitucional.

A outorga da **Constituição de 10 de novembro de 1937**, tornou curta a vida daquela que teria sido até então, uma das mais democráticas fases constitucionais do Brasil. Nem por isso, todavia, deixou de conter esta Constituição, uma relação (achatada, diga-se) de garantias constitucionais aplicáveis ao processo. Aliás, e, apesar dos pesares, merece esta Carta o crédito de ter inserido o “princípio do contraditório” no nosso Ordenamento, o que não torna, por si só, tal Carta, mais democrática e progressista. Neste particular, há que se lembrar as palavras de Fortes BARBOSA: *A Carta Constitucional de 1937, outorgada pela ditadura, além de reduzir as “garantias” de direito penal e de processo penal a apenas dois incisos do artigo 122 – incisos II e XII –, deu-lhes redação incompatível com a idéia de segurança que caracteriza a expressão garantia, pois, além da dubiedade de expressões quanto à redação, bastante complexa, pretendia conciliá-la com os capítulos amplamente reservados à defesa do Estado e à Segurança Nacional.*¹¹⁴ Assim, para entender o questionamento do autor, basta perceber a dubiedade dos dispositivos inerentes à garantias, principalmente no que tange à menção a “autoridade competente” que poderia ser interpretada como qualquer uma a serviço do Estado e da Segurança Nacional, bem como em relação à defesa, que já não era mais “ampla”, mas “necessária” seja lá o que isso pudesse significar, ao gosto do poder.

individuais, ou para o esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.

¹¹⁴ - BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 30.

De se lembrar, também, que sob o manto daquela Carta, foram restabelecidos os “tribunais de exceção”, nos termos do inciso XVII, do art. 122.

O que se pode perceber, ou intuir, é que aquela Carta trazia as garantias mais como uma fachada nebulosa, porque de expressões dúbias, a encobrir o exercício arbitrário do poder e a prática ditatorial, mesmo porque, todos conhecemos as barbaridades cometidas pelas classes hegemônicas desde os tempos mais remotos, a pretexto da segurança das instituições, tais como os “interesses de Roma” na época de Cristo; a “proteção da fé cristã”, pela Ordem do Santo Ofício, na Idade Média; e a chamada “Segurança Nacional”, em tempos que nos são, a nós brasileiros, bem recentes...

Assim, na CF/37, facilitava-se a possibilidade de prisão e de manutenção desta, negando-a superficialmente através da previsão constitucional da garantia específica, ocultando-se a possibilidade (obrigatoriedade) de fiança, tolhia-se a amplitude de defesa, limitando-a aos parâmetros da “necessidade”, e assim por diante.

Não obstante, para seguir a lógica do tópico ora apresentado, acrescentemos, destarte, que a Constituição de 1937, quanto às garantias, estabelecia em seu art. 122: no inciso 1, a igualdade; no inciso 7, o direito de petição, nos moldes já previstos nas Constituições anteriores; no inciso 11¹¹⁵, e só aqui, condensadas, as garantias específicas do processo penal, tais como a

¹¹⁵ - Dada a originalidade, optamos por transcrever apenas o inciso 11, do art. 122, da CF/37. Vejamos: **Constituição de 10 de novembro de 1937.**

Art. 122 (...)

11) À exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias de defesa.

excepcionalidade do flagrante, o contraditório, e as “necessárias” garantias de defesa; no inciso 16, o *habeas corpus*, com exceção expressa quanto aos atos disciplinares.

Do que foi apresentado quanto à Constituição de 1937, fica nítido o quão pouco se tem a mencionar quanto às garantias como fruto da democracia, e o quanto se tem a mencionar no que tange à arbitrariedade, o que viria até a extrapolar os limites objetivos do presente trabalho, que pretende fincar o pé na Constituição de 1988, deixando as demais apenas como referências históricas. Não obstante, parece suficiente fechar o relato das garantias constitucionais do processo na Constituição de 1937, com as palavras do já citado Fortes BARBOSA: *... como as garantias constitucionais sempre funcionam como termômetros nos casos de ditadura, fica claro que, com a Carta de 1937, justificou-se, em termos criminais, o “Estado Novo”, e que as garantias limitadas foram expressão política de uma época de violência no Brasil.*¹¹⁶

A **Constituição de 18 de setembro de 1946**, concordam os autores, parece ter querido deixar nítida a sua vocação liberal e progressista, no que tange à catalogação dos direitos e garantias individuais. Tanto é verdade que, da sua leitura, percebe-se o zelo na especificação, na discriminação, ao contrário da Carta anterior, que preferiu a generalidade excessiva.

Essa especificação, que não é característica comum de norma constitucional, passa a sê-lo a partir do momento em que estamos tratando das garantias constitucionais, eis que, pelo menos nesse assunto, é preciso que o intérprete esteja limitado na exegese, visualizando o ponto exato que a Constituição quer abordar, sob pena de ficar aos seus auspícios o destino casuístico dos direitos do cidadão eventualmente à frente de sua jurisdição.

¹¹⁶ - BARBOSA, Marcelo Fortes. Op. cit., p. 30-31.

Trazia, portanto, a Constituição de 1946, no seu TÍTULO IV, CAPÍTULO II, artigo 141, uma bem definida e especificada relação DOS DIREITOS E DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS, onde, com relação ao tema aqui abordado, prescrevia: no parágrafo 1º, o princípio da igualdade; no parágrafo 20, a excepcionalidade da prisão em flagrante; no parágrafo 21, a obrigatoriedade do arbitramento da fiança quando cabível; no parágrafo 22, a necessidade de comunicação ao juiz, no caso de prisão em flagrante; no parágrafo 23, o *habeas corpus*; no parágrafo 25, ampla defesa e contraditório; no parágrafo 26, a proibição de foro privilegiado; no parágrafo 27, o juiz natural e o devido processo, embora, ainda, sem redação objetiva, expressa; no parágrafo 28, faz retornar ao âmbito constitucional a instituição do júri, inserindo, ainda, a soberania de seus vereditos; no parágrafo 35, a assistência judiciária, e, no parágrafo 37, o direito de petição.¹¹⁷

¹¹⁷ - **Constituição de 18 de setembro de 1946 (*in verbis*):**

Art. 141. (texto nos moldes históricos, já transcritos)

§ 1º Todos são iguais perante a lei.

§ 20. Ninguém será preso senão em flagrante delito ou, por ordem escrita da autoridade competente, nos casos expressos em lei.

§ 21. Ninguém será levado a prisão ou nela detido se prestar fiança permitida em lei.

§ 22. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal, e, nos casos previstos em lei, promoverá a responsabilidade da autoridade coatora.

§ 23. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

§ 25. É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória.

§ 26. Não haverá foro privilegiado nem juízes e tribunais de exceção.

§ 27. Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior.

§ 28. É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida.

A **Constituição de 24 de janeiro de 1967** manteve o catálogo histórico das garantias constitucionais sem grandes novidades. Entretanto, o que poderia parecer uma falha de Constituições anteriores, no sentido de não inovar, progredindo na ampliação das garantias, para a Constituição de 1967 não se pode dizer o mesmo. Isto porque, em se tratando de uma Constituição meramente semântica¹¹⁸, fruto de manobras antidemocráticas, elaboradas a partir de um regime ditatorial militar; a exemplo da Constituição de 1937, o que se poderia esperar era um achatamento das garantias, especificamente de processo penal, até porque, inerentes aos interesses da classe hegemônica. Mas não foi assim que se deu.

Desta forma, trazia a Constituição de 1967, em seu TÍTULO II, um capítulo IV denominado DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, onde, no artigo 150, especificava: no parágrafo 1º, o princípio da igualdade; no parágrafo 12, a excepcionalidade do flagrante, a imposição da fiança nos casos de lei e a necessidade da comunicação ao juiz daquela prisão; no parágrafo 15, a ampla defesa, bem como a proibição do foro privilegiado e tribunais de exceção; no parágrafo 16, o contraditório; no parágrafo 18, a instituição do júri, bem como a sua soberania; no parágrafo 20, o *habeas corpus*; no

§ 35. O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.

§ 37. É assegurado a quem quer que seja o direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades e promover a responsabilidade delas.

¹¹⁸ - A categoria “semântica” de constituição fora preconizada por Karl Löwenstein, quando de sua classificação chamada ontológica, que diz respeito, segundo o autor, à *concordância das normas constitucionais com a realidade do processo de poder* dentro de um determinado Estado. A constituição semântica seria aquela máscara democrática, cuja função real diz respeito apenas à estabilização e perpetuação do poder da classe hegemônica. Ver LÖEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 216-222.

parágrafo 30, o direito de petição e no parágrafo 32, a assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.¹¹⁹

É claro que não é o caso aqui de, considerando-se tratar de um regime ditatorial, questionar-se quanto à efetividade das garantias constitucionais do processo naquele período histórico, isto porque, a despeito da importância do tema, estar-se-ia extrapolando os limites do presente trabalho. Não obstante, o que se constatou, como já fora mencionado no início do tópico, pelo menos do ponto de vista da positividade, a Carta de 1967 manteve a tradição liberal, especificamente quanto às garantias constitucionais do processo penal.

Quanto à **Emenda Constitucional n.º 1 (Constituição de 17 de outubro de 1969)**, basta lembrar que seguiu, de forma idêntica, os moldes da Carta anterior, ressaltando-se, apenas, que, quanto à instituição do júri, preferiu o constituinte retirar-lhe a soberania, suprimindo esse aspecto do parágrafo 18, agora do artigo 153, que assim ficou: *É mantida a instituição do*

¹¹⁹ - **Constituição de 24 de janeiro de 1967 (*in verbis*):**

Art. 150. (redação nos moldes tradicionais, das Constituições anteriores)

§ 1º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

§ 12. Ninguém será prêso senão em flagrante delito ou por ordem escrita de autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não fôr legal.

§ 15. A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção.

§ 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.

§ 18. São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

§ 20. Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*.

§ 30. É assegurado a qualquer pessoa o direito de representação e de petição aos Podêres Públicos, em defesa de direitos ou contra abusos de autoridade.

§ 32. Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei.

*júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.*¹²⁰

Por esse aspecto, aqui há que se concordar, infelizmente, que o constituinte(?) de 1969 foi mais coerente com o regime ditatorial vivido à época, suprimindo a soberania do tribunal popular, e, com isso, facilitando a reforma de vereditos contrários aos interesses do *establishment*. Ressalte-se que esta supressão restringiu-se apenas à esfera positiva constitucional, eis que, conforme lembra Fortes BARBOSA, nem o Supremo Tribunal Federal, tampouco os doutrinadores da época sossegaram com tal atitude, manifestando-se no sentido da impossibilidade da existência da instituição do júri sem a respectiva soberania, requisito que lhe é inerente.¹²¹

Tem-se, então, que a atual **Constituição, de 5 de outubro de 1988**, no que tange à garantias constitucionais, apresenta-se como a mais democrática de todas da Constituições da história deste País. E isto, dada a sua especificidade, dada a sua clareza, dada a inovação em uma série de aspectos antes esquecidos ou relegados à categoria de regra implícita e agora explicitados, detalhados e relacionados com a atenção de quem quer ter a certeza do direito que lhe assiste.

É evidente que, do ponto de vista da efetividade, há uma série de aspectos a serem questionados, o que se fará no momento oportuno do presente trabalho. Entretanto, se não se puder falar em efetividade máxima das garantias constitucionais estampadas na CF/88, não se poderá também culpar o Texto Constitucional por essa falha. Do ponto de vista dogmático, temos nas mãos uma arma fortíssima em defesa dos direitos fundamentais, pelas garantias constitucionais minuciosamente catalogadas na Constituição da República. Basta apenas, portanto, fazer valer a sua normatividade, o seu cumprimento.

¹²⁰ - Pouparamos o leitor, aqui, da transcrição da relação das garantias, dada a identidade com o texto anterior, expresso no art. 150, da CF/67.

¹²¹ - BARBOSA, Marcelo Fortes. Op. cit., p. 35.

Com efeito, traz a Constituição de 1988, no TÍTULO II (DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS), o CAPÍTULO I com a rubrica DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Daí, já se percebe o que viemos desde o início reforçando: o caráter para além de individualista da Constituição de 1988.

Destarte, traz, já no *caput* do artigo 5º, o princípio da igualdade, que é reforçado no inciso I, relativamente à questão sexual, talvez até num exagero de minúcia, mas que, repetimos, em se tratando de direitos fundamentais, desde que não se caia na vulgarização, não chega a ser demais.

No mesmo artigo 5º estão contidas todas as demais garantias constitucionais, inerentes ao processo penal, das quais passamos a fazer um breve comentário:

O inciso XXXIV traz o “direito de petição aos Poderes Públicos, com a inovação de prever expressamente a gratuidade da ação em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

O inciso XXXVII, traz a proibição de juízo ou tribunal de exceção, nos moldes já vistos.

O inciso XXXVIII, de forma inovadora, se abre com o reconhecimento da instituição do júri, e, discriminando-se em alíneas, garante: a) o direito de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos vereditos e d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Não resta dúvida, aqui, que o constituinte fez questão de demonstrar a importância que dá ao tribunal popular, que, a despeito de críticas eventualmente proferidas contra tal instituição, ganhou com essa redação a solidez que jamais possuiu em textos anteriores.

O inciso LIII, traz a garantia do juiz natural, sem maiores novidades, mas não com menos importância histórica, já que, mesmo em tempos de

política neoliberal, os braços do Estado se estendem por vários setores (por exemplo: INSS, Receitas Federal e Estadual), donde muitos processos administrativos sujeitam o cidadão comum. Daí, parte do devido processo é a garantia do juiz natural, sendo só dele, a competência para a decisão sobre a perda ou supressão da liberdade ou de bens, por exemplo.¹²²

Por sua vez, o inciso LIV, pela primeira vez na nossa história constitucional, traz, com todas as letras, sacramentado o princípio-garantia do devido processo legal;

O inciso LV, trata do contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, isto se aplicando a todos os processos, judiciais ou administrativos;

O inciso LVI, também de forma inovadora em nossa história constitucional, prevê a inadmissibilidade no processo, das provas obtidas por meios ilícitos;

O inciso LVII, transforma um princípio que até então se restringia à doutrina processual penal, em garantia constitucional, qual seja, o estado de inocência condicionado ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Mais uma inovação importantíssima da CF/88;

O inciso LVIII, também inovando, desobriga, embora com exceções, o civilmente identificado a fazê-lo na esfera criminal. Outra inovação;

¹²² - À guisa de exemplo, temos o Decreto-Lei n.º 1.455/76, nascido na era Geisel, que estabelece a pena de perdimento, imposta pela autoridade administrativa, sobre bens do cidadão comum, em caso de descaminho. Neste caso, a Justiça Federal, que tem entendido por constitucional a medida, tem decidido pela anulação da pena, em casos onde o princípio constitucional da proporcionalidade tem sido ferido, ou seja, onde muitas vezes há mercadoria ilegal num valor "x" apreendida em veículo de valor muito superior, e a Autoridade da Receita acaba por decretar a pena de perdimento do veículo.

O inciso LIX inova também, agora dirigindo-se mais à vítima e seus familiares do que propriamente ao acusado, como sói acontecer, prevendo a ação privada subsidiária, no caso de a pública não ser intentada no prazo legal;

O inciso LX garante a publicidade dos atos processuais, com exceções apenas para a defesa da intimidade ou o interesse social. É claro que aqui, o conceito de interesse social dá margem às mais diversas interpretações, o que não desprestigia a intenção constitucional;

O inciso LXI, prevê a excepcionalidade da prisão, que se restringe ao flagrante ou à ordem escrita fundamentada da autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei. Note-se que, o que em Constituições anteriores vinha disposto como “ordem escrita de autoridade”, ganhou a exigência expressa de que tal autoridade deve ser só a judiciária, bem como, tal ordem escrita, deverá ser “fundamentada”. Sem dúvida, uma vitória da democracia;

O inciso LXII, exige a comunicação da prisão, “imediatamente” ao juiz competente, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada. Atente-se, o que antes se restringia à comunicação da autoridade judiciária em 24 horas, agora passou a ser “imediatamente”, bem como se estendeu a obrigatoriedade da comunicação a alguém que há de ser pelo preso. Outro sucesso da democracia e dos direitos humanos;

O inciso LXIII traz outra inovação constitucional: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; o dispositivo em questão parece ter destino certo: evitar a prática da tortura e das sinistras técnicas de extração de confissões.

O inciso LXIV segue a linha de textos anteriores, no que tange ao direito do preso à identificação dos responsáveis pela sua prisão e interrogatório policial. Sem dúvida, uma força contra o abuso de autoridade;

O inciso LXV, seguindo a característica da especificidade, estabelece a necessidade do relaxamento imediato da prisão ilegal, pela autoridade judiciária;

O inciso LXVI garante o direito à liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei assim admitir. Note-se uma inovação: o texto que antes se referia apenas à fiança, hoje garante a liberdade provisória também “sem” fiança, evidentemente, nos casos em que aquela não couber, e com as características inerentes a este instituto, onde a decisão sai da obrigatoriedade e fica a critério do julgador, conforme as circunstâncias inerentes ao preso e ao caso em si.

O inciso LXVIII trata do *habeas corpus*, com uma mudança: suprimiu-se no texto a ressalva quanto às transgressões disciplinares, que fica, evidentemente, reservada apenas ao caso dos militares, na forma do artigo 142, § 2.º, da Constituição da República (v. também, a Emenda Constitucional n.º 18, de 5 de fevereiro de 1998). Não se pode deixar de fazer menção ao inciso LXXVII, que garante a gratuidade das ações de *habeas corpus*, bem como do *habeas data* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. Parece haver aqui, uma certa coerência (embora tratando-se de casos diversos) relativamente ao inciso XXXIV, que garante a gratuidade de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder. É que, se se garante a liberdade de, pela gratuidade, pleitear perante os órgãos públicos, tanto mais necessária essa garantia (financeira) quando em jogo estiver a liberdade de ir e vir do cidadão.

Finalmente, o inciso LXXIV trata da assistência jurídica integral e gratuita que deverá ser prestada pelo Estado, condicionada à exigência expressa da comprovação da insuficiência de recursos pelo cidadão.

Como se vê, a Constituição de 1988 é, de todas, a mais explícita, detalhista, e, via de consequência, mais abrangente do que as demais que até então passaram por esta Pátria. Tudo isso sem mencionar o parágrafo 2º, do artigo 5º, que, apesar de não ser uma novidade no nosso Ordenamento, abre ainda mais espaço democrático quando reza: *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.*

A doutrina tem corroborado o pensamento aqui adotado, tal qual como se vê em TUCCI, que assim relaciona as garantias constitucionais inerentes ao processo penal: 1) garantia do devido processo penal; 2) garantia de acesso à justiça criminal; 3) garantia do juiz natural; 4) garantia de tratamento paritário aos sujeitos parciais do processo penal; 5) garantia da plenitude de defesa com todos os meios e recursos a ela inerentes; 6) garantia da publicidade dos atos processuais; 7) garantia da motivação dos atos decisórios penais; 8) garantia do término da persecução penal em prazo razoável e 9) garantia da legalidade da execução penal.¹²³

Embora o objetivo deste trabalho, como o nome deixa claro, restrinja-se ao estudo do devido processo penal e a discussão da sua efetividade em face à Constituição de 1988, adiante-se, por ora, que, algumas das garantias apontadas por Tucci, serão abordadas no próximo Capítulo como estudo do devido processo que, de certa forma, é o que se acredita neste trabalho,

¹²³ - TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 89 e ss.

abrange, como continente, a maioria das garantias constitucionais do processo penal.

Com efeito, foi pretendido, portanto, traçar aqui um sucinto perfil histórico das garantias constitucionais do processo em nosso Ordenamento. Como foi demonstrado, a atualidade goza da maior, melhor e mais abrangente relação de garantias de nossa história. Cabe, portanto, questionar-se quanto à efetividade das mesmas, e também, quanto ao papel que exerce cada uma das classes de operadores jurídicos, e seus participantes, individualmente, no processo cotidiano dessa efetivação.

Uma coisa porém é certa (que se insista nisso): se não houver, aqui e ali, uma ampla efetividade das garantias constitucionais, esta não se deve, pelo menos hodiernamente, a falhas no texto constitucional, mas sim a uma série de comportamentos comodistas ou meramente reprodutores de formas preestabelecidas, inerentes aos operadores jurídicos mesmos, o que se pretende abordar especificamente no nosso Capítulo III.

Cabe, contudo, desde já, a reflexão: quem, afinal de contas, é o responsável pelo cumprimento da Constituição no processo, e pela efetividade das garantias constitucionais processuais? Mais: no cotidiano do processo penal, como fiscalizar e se auto-fiscalizar na observância das garantias? Respostas a questões como estas são o que pretendemos conseguir na conclusão deste trabalho. Até lá, fica a reflexão...

1.4.4. garantias constitucionais como fundamento do processo penal

O que fora estudado até o presente momento, permite, como fechamento do estudo das garantias constitucionais do processo penal, ainda de um ponto

de vista deontológico, evidentemente, apontar a finalidade desse ramo do Direito.

O processo penal é um ramo do Direito Público, pelos aspectos já apontados, que o tornam inquisitivo (não, inquisitório), indisponível e instrumental, no sentido de que, através da jurisdição, visa-se a ampla possibilidade da busca da verdade real como elemento de segurança e pacificação social, tudo sem declinar da integridade e dignidade humanas.

Por isso, a **finalidade** do processo penal (extensão do direito constitucional) está voltada justamente para os direitos e garantias fundamentais plasmados no art. 5º, da Constituição da República. Erra, portanto, quem coloca o processo penal como mero instrumento de aplicação do direito material¹²⁴, e, conseqüentemente, como forma de legalização da imposição da pena ao eventual autor de ato tido como ilícito penal. A aplicação da pena é finalidade do direito penal, que visa coibir a atitude delituosa. Entretanto, carece o direito material de um “processo”, pelo qual, uma vez devidamente instruído e procedimentalizado, o permita atingir o seu fim (do direito material) (*nulla poena sine judicio*).

Por isso, ainda, e com todo respeito, há que se discordar, em parte, da opinião do professor PIERANGELLI quando o mesmo afirma que: *o processo penal tem por fim conseguir a realização da pretensão punitiva derivada do fato punível, que se realiza através das garantias jurisdicionais*.¹²⁵

Em primeiro lugar, a realização da pretensão punitiva não ocorre através das *garantias jurisdicionais*, expressão, aliás, que considera-se aqui, imprópria, já que dá a entender serem tais garantias do juízo, e não do processo mesmo, voltadas ao indivíduo imputado.

¹²⁴ - Sobre isso, já discorremos no tópico 1.1. deste trabalho.

¹²⁵ - PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, São Paulo: RT, 1992, p.251.

Ademais, as garantias não estão catalogadas no Ordenamento pátrio com o fito de possibilitar a realização da pretensão punitiva. Elas existem para que, visando a realização dessa pretensão, o Estado não ultrapasse os limites inquisitivos e instrumentais do processo, que lhe foram impostos pela Constituição.

Por outro lado, como já foi mencionado, a realização da pretensão punitiva não é fim do processo, mas consequência do regular andamento deste, juntamente (e tão somente) com a comprovação pelo autor, dos fatos imputados ao acusado.

Poder-se-ia colocar que o fim do processo é, juntamente com a realização da pretensão punitiva, também, a busca da verdade real. Mas, a verdade real nem sempre implica em aplicação da pena ou medida de segurança, portanto, nem sempre implica em realização da pretensão punitiva. Basta imaginar um processo que termina com sentença absolutória: aqui, o processo andou regularmente, chegou ao seu fim e nem por isso houve a realização da pretensão punitiva. Devemos dizer que neste caso o processo penal não atingiu a sua finalidade? É óbvio que não.

E no caso de absolvição por insuficiência de provas (v. art. 386, VI, do CPP), atingiu-se a verdade real? Não, apenas ocorreu que (como no mais das vezes) as pretensas provas coligidas pela acusação não estão aptas a dar lastro a uma sentença condenatória, são insuficientes, como diz o próprio texto da lei. E então? Houve realização da pretensão punitiva? Não. Mas, mesmo assim, o processo pode ter atingido o seu fim, se andou estritamente nos parâmetros das garantias constitucionais. No que tange à finalidade do processo, aqui, há que se repetir: não se fala em verdade real, mas na ampla possibilidade e efetividade da “busca” da verdade real.

O fato é que, se num processo penal, houve o devido respeito procedimental na produção das provas, o respeito à dignidade da pessoa humana, a atenção devida à busca da verdade real e, principalmente (pode-se dizer, conjuntamente) o caminhar pela bússola da Justiça, qualquer que tenha sido o resultado final, absolvição ou condenação, tem-se que esse processo atingiu a sua finalidade.

Conforme fora mencionado no início, discorda-se aqui, apenas em parte, ou se poderia dizer, apenas com relação a esse aspecto da “finalidade” apontada pelo professor Pierangelli quanto ao processo penal. Sim, porque, no decorrer de seu estudo, o citado mestre muito bem coloca a importância das garantias constitucionais no âmbito do processo. E traz, ainda, elementos que corroboram a nossa tese a respeito da finalidade do processo e da importância das garantias constitucionais. Veja-se, pois, esta passagem: *Portanto, constitui dever do Estado garantir a justiça, constituindo essa garantia o fundamento do direito processual, tanto civil como penal.*¹²⁶

Mas continua o conceituado autor, agora referindo-se às garantias como um todo: *Para assegurar as garantias constitucionais, o Estado se obriga a estabelecer a justiça penal, onde aparece o fim precípua do processo penal que é a obtenção de uma declaração judicial, positiva ou negativa, acerca da pretensão punitiva por ele manifestada por meio do seu órgão para esse fim criado, o Ministério Público, ou excepcionalmente, através dos particulares.*¹²⁷ Mais uma vez, é preciso discordar. A declaração judicial não é o fim do processo penal, mas sim, uma consequência do mesmo, consequência de que necessita o mesmo Estado para a aplicação, ou não, da pena (até porque, é preciso que o Estado dê a resposta pedida).

¹²⁶ - Idem, p. 252. O autor, cita, ainda, Eberhard Schmidt, no mesmo sentido.

¹²⁷ - Idem, p. 253.

Repita-se, portanto: o fim precípua e ao mesmo tempo, fundamento, do processo penal é “garantir”, no sentido estrito da palavra, um *intermezzo* constitucional entre a eventual imputação a alguém, de prática de ilícito penal e a eventual aplicação da pena ou reconhecimento de seu descabimento, ou ainda, a declaração da improcedência da ação.

O fim do processo penal é permitir que o imputado possa usar de todos os meios inerentes à mais ampla possibilidade de defesa; é impossibilitar um apenamento calcado no aproveitamento de provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos; é permitir que se observe os “dois lados da moeda”, garantindo a refutação e contradição de eventuais provas obtidas pelos atores da causa penal, respeitando, sempre, a pessoa do acusado; é garantir a justiça e a busca da verdade real. Na verdade, pouco importa para o processo, como finalidade última, a direção do veredicto. A finalidade do processo, é possibilitar um caminho legítimo para a obtenção desse resultado — e insistimos — **seja ele qual for**. Se o resultado final (absolvição/condenação) não importa na verificação da legitimidade (justeza) do processo, aquele resultado jamais poderá ser considerado finalidade deste processo. O resultado é indiferente. Importante é a maneira como se percorreu o caminho.

Mas mesmo que se diga que a finalidade é obter uma resposta, seja positiva ou negativa à pretensão, ainda assim é preciso discordar, por insuficiência da resposta. A finalidade, a despeito do nome, não está na conclusão, está na garantia do bom andamento, ou ainda melhor, está na garantia de que a conclusão fora obtida de forma legítima.

Por essa ótica, e, partindo de uma visão inicialmente liberal (que é da qual surgiram as garantias constitucionais do processo) pode-se dizer que o processo serve (ou deve servir) mais ao acusado do que ao acusador. Não é preciso ir muito longe para chegar a essa conclusão: veja-se, p. ex., o *in dubio*

pro reo, princípio basilar do processo penal. Não obstante, para que não se caia na armadilha do discurso da benevolência do processo penal, é preciso lembrar de um aspecto complementar do inicialmente apontado, o aspecto mediato: em consequência de servir o processo mais ao acusado do que ao acusador, serve aquele, também, mais à sociedade do que ao Estado, e esta, é uma garantia que, indiretamente, qualquer e toda pessoa tem em função da existência das garantias constitucionais, contra uma “ditadura penal” ou o abuso do poder estatal na administração das causas penais.¹²⁸

Talvez seja este um ponto que distinga o processo penal do processo civil, este sim, que, embora também amparado pelas garantias constitucionais, tem por finalidade a obtenção mesma de uma resposta para a situação jurídica colocada sob questão.

Portanto, a realização da pretensão punitiva é a finalidade do direito material, personificado pelo Estado-autor (Ministério Público) na sua tarefa institucional, quando diante da prática de um ato considerado ilícito-penal, e, para atingir tal finalidade, esse Estado-autor deve submeter sua pretensão ao Estado-juiz, que, através de um processo regular e legítimo, visando este garantir os direitos individuais da pessoa humana imputada, apontará, como consequência da busca da verdade real, a decisão mais justa e coerente.

¹²⁸ - Um exemplo, *a contrariu sensu*, é o processo inquisitório nos moldes medievais. Lá, o processo servia mais ao acusador do que ao acusado, o que gerava, no mais das vezes, processos sumários, ou seja, pseudo-processos, em detrimento, também, da sociedade que se via à mercê da vontade manifestada casuisticamente pela autoridade eclesiástica. Lá sim, o fim do “processo”, era a realização da pretensão punitiva. Aliás, o processo lá, era, na prática, um acessório da pretensão punitiva, apenas um meio de legitimá-la. Como exemplo podemos citar características daquele sistema, tais como: a confissão como elemento suficiente a dar lastro a uma condenação; a figura do acusador e do julgador reunidas na mesma pessoa; a tortura como meio de obtenção de prova, etc.. Um raro caso de exceção à apontada finalidade do processo inquisitório medieval, é o de Galileu Galilei, que, muito provavelmente por sua posição social, teve oportunidade, diz a lenda, de, negando difundir as idéias “subversivas”, ou seja, assumindo que deixara de acreditar que a Terra seria redonda, conseguiu absolvição.

Tira-se a mesma conclusão acima, em texto da lavra de EUGENIO FLORIAN, também apontado por Pierangelli: *el fin de la acción penal no es de hacer que se llegue a una condena, sino el de hacer que se determine la verdad a propósito de un delito que se dice cometido y que se inculpa a una determinada persona, determinación que no es raro que lleve a la conclusión de que el hecho no ha existido, o que no se trata de delito, o que el acusado no lo ha cometido o que no ha tomado parte en él.*¹²⁹

Portanto, não há como fugir, na nossa opinião, de que a finalidade do processo penal encontra-se na efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana imputada, efetivação esta através das garantias constitucionais.

1.4.5. garantias constitucionais: uma abordagem crítica

Da leitura do presente Capítulo até então, fica bem clara a natureza deontológica do mesmo, relacionando conceitos, apontando teorias, definindo categorias e assim por diante. Por esse traçado, poderia parecer incoerente inserir, ainda que seja neste, que é o último tópico do Capítulo, uma abordagem crítica. Isto, porque a pretensão crítica está resguardada para o Capítulo finalizador do trabalho.

Entretanto, por uma questão de método, entende-se que o presente Capítulo ficaria incompleto sem a abordagem com a qual se pretende finalizá-lo, ainda que de forma sucinta, tudo numa tentativa evitar o enfado.

A idéia, portanto, de inserir uma abordagem crítica das garantias constitucionais para finalizar o tema, veio da leitura do texto, já apontado, do

¹²⁹ - FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, trad. Espanhola de L. Prieto Castro, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, p. 173, *apud* PIERANGELLI, J. Henrique. Op. cit., p. 253.

professor Luiz Luisi¹³⁰, que, após traçar um panorama histórico, nos mesmos moldes que aqui se optou por adotar, objetiva uma reflexão acerca da *crise das garantias processuais penais*.

Segundo o citado autor, as garantias constitucionais vivem atualmente um momento de contestação e de crise, não pela ação de Estados autoritários, o que seria, de certa forma, natural (pois inerente ao regime), mas justamente nos Estados de regime democrático, que têm nas garantias elementos característicos de sua própria formação.

A preocupação de Luisi parte de fatos tais como o aperfeiçoamento da Máfia italiana, o terrorismo cada vez mais organizado, o tráfico de entorpecentes, de armas, de escravas brancas¹³¹ — e acrescentaríamos, incluindo o Brasil —, os infundáveis seqüestros, o horripilante comércio de crianças para venda de órgãos e assim por diante.

Segundo LUISI, *esta nova criminalidade, bem como o expressivo aumento dos crimes com violência à pessoa em alguns Países, tem ensejado o aparecimento de uma legislação que violenta as garantias em causa. É o caso, para exemplificar da chamada legislação de emergência, editada na Itália visando o terrorismo e a Máfia. E entre nós é exemplo desta orientação a Lei n.º 9.034 de 03 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.*¹³²

¹³⁰ - LUISI, Luiz Benito Vigiano. *A crise das garantias processuais penais*. In : *Latu Sensu: Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Vol. 1, Cruz Alta: UNICRUZ, Departamento de Ciências Jurídicas, 1997, p. 59-67.

¹³¹ - LUISI, Luiz B.V. Op cit., p. 62.

¹³² - Idem, p. 62-63.

Sem querer violar o método, dissecando o texto da lei apontada acima¹³³, deve-se ressaltar o seu teor nitidamente indiferente à intenção constitucional.

Exemplo dessa indiferença é o artigo 2º, da referida Lei n.º 9.034/95, que desmorona a imparcialidade do juiz, fazendo-o imiscuir-se na investigação criminal, bem como, põe por terra a publicidade, princípio inerente ao processo penal, dada a sua natureza pública, estampada no artigo 792, do Código de Processo Penal¹³⁴. Aqui, a exceção vira regra.

O artigo 3º, da citada Lei, derrubando o devido processo legal, pelos seus corolários, ou seja, o contraditório, a ordem consecutiva legal e a ampla defesa, quando determina a apresentação separada de argumentos de acusação e defesa que versarem sobre a diligência.

Lembrando ainda o mestre LUISI, do qual foi tomada a liberdade de seguir a linha textual de pensamento: *é bem verdade que tanto o texto constitucional, e o Parágrafo 1º, do art. 792, do Código de Processo Penal ensejam a possibilidade de limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e aos seus advogados, ou somente a estes. Mas como lucidamente acentuara o Prof. Rogério Tucci, a lei pode restringir a publicidade dos atos, e o número e a qualificação das pessoas que podem deles participar, mas assegura a consulta aos Autos de forma ampla e irrestrita. E isto é violentado pelo referido artigo da Lei n.º 9.034.*¹³⁵

¹³³ - Uma boa introdução ao estudo dessa lei é o próprio texto de referência: LUISI, op. cit., p. 64-65.

¹³⁴ - Artigo 792, do Código de Processo Penal: *As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.* Ver, também, o art. 93, IX, da CF/88, no mesmo sentido.

¹³⁵ - LUISI, Luiz. Op. cit., p. 65.

Não se voltará a discutir o texto da Lei 9.034/95, no Capítulo seguinte, quando for tratado especificamente do devido processo penal, fica, portanto, a referência ao estudo pormenorizado pelo autor citado.

Todavia, o que se pretende desde já, aqui, apenas, é demonstrar a indiferença e até mesmo a desconsideração que está se criando, em relação às garantias constitucionais do processo penal, justamente pelo argumento da segurança social. Ou seja, o pretense combate à criminalidade está servindo de pano de fundo ou de sustentáculo do argumento do rigor processual; e rigor do processo, na linguagem atual, está sendo confundido com desconsideração às garantias e subjugo da dignidade humana, e isto é inadmissível.

Explorando ainda mais a lucidez de LUISI, agora citando Palazzo, deve-se acrescentar: *Esta quebra e violência das garantias constitui sem dúvida algo extremamente preocupante. E isto porque, conforme lembra o Eminent Professor da Universidade de Florença Francesco Palazzo, pode gerar um perigoso entendimento, ou seja, que o sacrifício das garantias é o preço necessário para vencer a luta contra graves modalidades delituosas.*¹³⁶

Ora, se o discurso do rigor não tem atingido, na prática, os fins pretendidos sequer no direito material¹³⁷, onde a restrição às garantias é menos visível, o que se dizer do direito processual penal, extensão da Constituição.

E o que se dizer, ainda, de leis como a ora em questão (9.034/95), que nitidamente ferem o propósito das garantias? Será este o caminho para se resolver o problema da criminalidade?

Pior: a sociedade, que muitas vezes aplaude legislações como esta, estará disposta a aplaudir, também, quando o atingido pelo rigor da lei for o seu filho próximo?

¹³⁶ - Idem, ibidem.

¹³⁷ - V. por exemplo, a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) que, definitivamente, não diminuiu, tampouco eliminou a criminalidade, alguns de seus discursos declarados.

E por fim: qual o sacrifício maior, manter a força das garantias constitucionais e ter a possibilidade, ainda que remota, de usufruir das mesmas numa situação processual adversa (onde muitas vezes se é inocente...) ou deitá-las por terra e arcar com as conseqüências do abuso do poder, da possível injustiça, da impossibilidade de defender-se amplamente?

E este perigo não está apenas na legislação dita de emergência social. Este perigo, o perigo do acachapamento das garantias constitucionais do processo penal está presente, também, no cotidiano dos veículos de lazer e informação, que muitas vezes, sob a ótica do individualismo, deformam os valores pelo preço da audiência, e formam opiniões totalmente deturpadas em relação aos direitos da pessoa humana.

Neste sentido, muito bem discorre CARNELUTTI: *A crônica judiciária e a literatura policial servem, do mesmo modo, de diversão para a cinzenta vida cotidiana. Assim, a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, se tornou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juizes instrutores; e o que é pior, aí fazem o trabalho deles.*¹³⁸

E continua o mestre italiano, descrevendo a capacidade que tem aqueles fatos de colocar à sua mercê até mesmo os juizes, afetando sua imparcialidade, os advogados, perseguidos pelos fotógrafos e entrevistadores, as testemunhas encurraladas etc..

Tudo isso é parte de uma degeneração da consciência social do que vem a ser o crime e sua elucidação, do que vem a ser o processo e a eventual punição. Tudo isso, ainda, na maioria das vezes incutido no imaginário popular por quem, na verdade, menos se preocupa com o fato do que com a sua

¹³⁸ - CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Conan, 1995, p. 45.

repercussão. E a sociedade, indireta e mediatamente, sofrerá as conseqüências...

O preço do processo e o respeito ao acusado são esquecidos quando o que interessa é o alarde da mídia, o apelo isolado de classes desinformadas ou, por outro lado, egoístas, e a vingança institucionalizada.

Continua-se a linha com as palavras de CARNELUTTI, discorrendo sobre a Constituição italiana, que instituiu, como a nossa, o princípio do estado de inocência: *Esta é, porém, uma daquelas normas, as quais servem somente a demonstrar a boa fé daqueles que a elaboraram; ou, em outras palavras, a incrível capacidade de iludir-se da qual são dotadas as revoluções. Infelizmente a justiça humana é assim, que nem tanto faz sofrer os homens porque são culpados quanto para saber se são culpados ou inocentes.*¹³⁹

E, a despeito do prolongamento na citação, imperioso transcrever a sua conclusão: *O artigo da Constituição, que se ilude de garantir a incolumidade do acusado, é praticamente inconciliável com aquele outro que sanciona a liberdade de imprensa. Logo que surge o suspeito, o acusado, a sua família, a sua casa, o seu trabalho são inquiridos, investigados, despidos na presença de todos. O indivíduo, assim, é feito em pedaços. E o indivíduo, assim, relembramo-nos, é o único valor da civilização que deveria ser protegido.*¹⁴⁰

É evidente que seria um despropósito, aqui, questionar e tripudiar contra a liberdade de imprensa, outro direito constitucional conseguido a duras penas e que, muitas vezes também, é um forte aliado da democracia.

Entretanto, o que se quer questionar, é o papel dos operadores do Direito. São eles, o juiz, o promotor de justiça, o advogado, que devem, na prática processual, evitar que os desmandos de uma lei aprovada de

¹³⁹ - Idem.

¹⁴⁰ - Idem, ibidem.

afogadilho, ou no calor de momentos impensados, façam-se valer em detrimento do que há de mais sagrado dentro do Ordenamento, que são os direitos da pessoa humana.

Se o juiz deve cumprir a lei, deve cumpri-la com parcimônia, sob pena de estar descumprindo a justiça. Se o Ministério Público deve exigir o cumprimento da lei e pugnar pela punição de eventuais culpados, deve fazê-lo dentro dos limites da racionalidade e humanidade. E o advogado, por sua vez, jamais deverá se curvar diante da autoridade posta sob o argumento hedonista do cargo.

Se existem as garantias constitucionais é justamente porque o sistema penal, de per si, não oferece a segurança que a sociedade necessita, no sentido de que o processo, sem a Constituição, não é garantia de respeito ao ser humano e à justiça, e a história tem nos provado isto.

Para chegar a tal conclusão, basta lembrar as palavras do mestre argentino Eugênio Raul Zaffaroni, que criticando duramente o sistema penal, que considera irracional e cruel, aponta a necessidade de as garantias constitucionais servirem não para legitimar o sistema penal, mas para combatê-lo, sob pena de esquecer-se da condição humana do imputado.

E assim, ainda ZAFFARONI, referindo-se especificamente às garantias penais, e cobrando uma atitude menos hipócrita e mais incisiva dos operadores do Direito, neste momento, especificamente do julgador: *É absurdo pretender que os sistemas penais respeitem o princípio de legalidade, de reserva, de culpabilidade, de humanidade e, sobretudo, de igualdade, quando sabemos que, estruturalmente, estão preparados para os violar a todos. O que se pode pretender – e fazer – é que a agência judicial empregue todos os seus esforços de forma a reduzir cada vez mais, até onde o seu poder permitir, o número e a intensidade dessas violações, operando internamente a nível de*

*contradição com o próprio sistema, a fim de obter, desse modo, uma constante elevação dos níveis reais de realização operativa desses princípios.*¹⁴¹

E finaliza ZAFFARONI, na sua linha de total descrédito no sistema penal, apontando, do ponto de vista do *realismo marginal*¹⁴², a sua definição de garantias penais, como sendo *o compromisso das agências judiciais penais para exercer o seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra de “mínima violação/máxima realização” dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de poder do sistema penal, configurando, deste modo, um “padrão” – provisório, por ser progressivo e “aberto” ou “inacabado” – de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor).*¹⁴³

O raciocínio de Zaffaroni é fácil de se entender: se a agência judicial (os juizes) e acrescenta-se aqui, todos os operadores do Direito, no exercício do cotidiano processual penal, não fizerem por garantir e lutar pela máxima efetividade das garantias constitucionais, estarão sempre a perder pontos (e com eles a “dignidade da pessoa humana submetida a juízo”) para o sistema penal, que, incentivado por circunstâncias, pela mídia, por grupos isolados e minoritários, lançará mão da mais alta inflação legislativa penal a cada instante, sob a desculpa da necessidade do combate ao crime, mas principalmente, sem se importar com as garantias constitucionais penais

¹⁴¹ - ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 235.

¹⁴² - O “realismo marginal” de Zaffaroni, *grosso modo*, caracteriza-se como uma postura crítica, voltada para a realidade latino-americana, diante do irracionalismo do sistema penal. Na obra citada, *passim*, o professor argentino faz um balanço do sistema penal e finalmente, propõe alternativas para uma convivência combativa ante esse sistema, numa busca de reduzir ao máximo a sua irracionalidade e crueldade, que considera crônicas, pois próprias do sistema penal mesmo.

¹⁴³ - ZAFFARONI, Eugênio Raul. Op. cit., p. 236-7.

daqueles que serão atingidos por essas leis, e que poderão ser todos e qualquer um.

Este é, portanto, sucintamente, um panorama da crise das garantias constitucionais, que não é um fenômeno novo, tampouco passageiro.

Viver com a democracia é saber conviver com as suas ameaças, sem deixar-se contaminar por elas.

Enquanto houver Leis indiferentes às garantias constitucionais, mídias deformadoras, mentes indiferentes, deverá haver, cada vez mais, a atuação de operadores do Direito conscientes da importância daqueles valores e preparados para lançar mão de uma prática constitucional sempre que tais valores estiverem ameaçados.

A quem detém a possibilidade de efetivar, na prática, a supremacia da Constituição através das garantias constitucionais, resta lembrar, apenas, que não deixe que a crise destas garantias (que tem origem extra-jurídica), subjugue a prática constitucional processual, e lembrar ainda, que interceda sempre em favor da Constituição, de modo a vislumbrar, no seu cotidiano judiciário, a existência não só de si próprio, mas daquele conhecido como “o outro”, numa *práxis* para além do comodismo crônico e do automatismo jurídico. Só assim, não precisará de justificativas vãs quando talvez, um dia, venha a reclamar de um vaga-lume, que, na ponta de seu nariz, ofusque a maior das estrelas...¹⁴⁴

¹⁴⁴ - Referência a uma passagem da brilhante obra de Eduardo Gianetti, onde o autor, tratando da questão do “mentir para si mesmo” e suas várias implicações, boas e ruins, construtivas e perniciosas, trata, em determinado momento, especificamente das contradições da “imparcialidade”. (FONSECA, Eduardo Gianetti da. *O centro sensível do Universo*. In : *Auto-engano*, São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p. 164-71.

Capítulo II

O Devido Processo Legal

2.1. Breve notícia histórica

Ao se pretender uma abordagem histórica, embora resumida, mas que seja minimamente didática a respeito da cláusula do **devido processo legal**, ou *due process of law*, não se poderia deixar de lado dois aspectos relevantes a seu respeito. Primeiro, a sua aparição, sua origem mesma, no direito inglês, mais precisamente na *Magna Charta*, outorgada por João Sem Terra, em 1215, e, posteriormente, introduzida já (a cláusula) com a expressão hoje conhecida (devido processo legal) por Edward III, no seu Estatuto de 1354. E, em segundo lugar, a sua integração ao direito norte-americano, já com outra abordagem, uma vez que nascido de motivações e princípios diferentes.

Destarte, a “idéia” do devido processo legal nasceu com a *Magna Charta*, de João Sem Terra, outorgada no “prado conhecido como Runnymede”, em 15 de junho de 1215, cujo item 39 assim dispunha: **“Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de suas liberdades ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer outra maneira destruído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”**.¹⁴⁵

¹⁴⁵ - O texto original, em latim, assim trazia: “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisietur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*”.

Não obstante a característica aparentemente libertária do documento de João Sem Terra, é tema recorrente na doutrina a questão dos motivos que levaram aquele rei a assiná-lo, bem como os aspectos formais do documento mesmo, tirando, por consequência da interpretação literal, a abrangência que deveria ter uma verdadeira “declaração de direitos”.

De fato, a *Magna Charta* não nasceu apenas com o propósito de abrangência humanitária e jusnaturalista, mas sim, como fruto de uma exigência dos barões ingleses, fortalecidos economicamente, no sentido de obter uma distinção jurídica, dada a sua posição privilegiada, ante um monarca interessado em manter os privilégios da coroa, apesar da ascensão econômica e conseqüente crescimento político dos súditos. Conforme aponta CASTRO: *o fracionamento da utilização da terra e a acumulação da riqueza e poder em mãos do baronato normando fizeram aguçar os ímpetos de resistência ao arbítrio real, até desaguiarem, com a Great Charter, nesse estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes naquela quadra medieval em que a posse e a exploração da terra constituíam o sinal da própria cidadania embrionária e as fronteiras muito tênues entre o domínio público e o privado.*¹⁴⁶

Mas formalmente, percebe-se no documento, mais a visão política do rei do que propriamente o poderio econômico dos barões. É que, conforme lembra ainda CASTRO: *Observe-se que o próprio preâmbulo da Magna Carta deixa explícito que a celebração do documento deve-se ao propósito real, com nítido sentido de capitulação, de pôr termo às disputas entre a Coroa e os barões. O texto do item 1 é nesse sentido, assaz esclarecedor: “... That we*

¹⁴⁶ - CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 8.

wish this so to be observed, appears from de fact that our own free will, before the outbreak of the present dispute betwen us and our barons...”¹⁴⁷

No mesmo sentido, é a conclusão de SCHWARTZ, estudioso do direito anglo-americano: *É verdade que a Carta de John também é, em seus termos, uma concessão do soberano aos seus súditos. “John, pela graça de Deus”, começa a Carta, relacionando em seguida os títulos do soberano e apresentando a sua saudação formal aos súditos, para depois enunciar: Saibam que... temos também concedido a todos os homens livres do nosso reino, para nós e nossos herdeiros para todo o sempre, todas as liberdades aqui enunciadas, para serem fruídas e defendidas por eles e seus herdeiros, por nós e nossos herdeiros”. Depois de relacionar as diversas liberdades concedidas, conclui com as palavras tradicionais de concessão real: “Dado por nossa mão no prado que é chamado de Runnymede, entre Windsor e Staines, a 15 de junho, no 17.º ano do nosso reinado”. A concessão real, pela mão de John, foi solenemente consumada pela afixação de seu sinete.*¹⁴⁸

É claro que João Sem Terra estivera juridicamente bem orientado, e, não obstante as razões que levaram os barões a exigir direitos e, ainda, o perigo iminente que corria a coroa, dada a força econômico-política do baronato, conseguiu o rei manter a autoridade – e isto significava, também, donativos, tributos, prestígio etc. – não sem deixar claro que os direitos que concedia, **“concedia-os”, “unilateralmente”**, segundo suas alegadas razões, com o propósito de pacificação e por sua “generosidade real”.

Nesse sentido, apontando as finalidades da Grande Carta, bem como citando Coke, temos ainda as palavras de SCHWARTZ: *Mas se a Magna*

¹⁴⁷ - Idem.

¹⁴⁸ - SCHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: “the bill of rights”*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979, p. 13.

Carta foi assim formulada nos termos comuns das cartas reais do período, anunciando na fórmula legal da época que o rei tinha a satisfação de fazer certas concessões unilaterais, por sugestão de determinados conselheiros que são devidamente indicados, quão diferente foi a sua realidade! As razões apresentadas para a concessão da Magna Carta foram jocosamente parafraseadas por Sir Edward Coke, o grande jurista e parlamentar britânico, quatro séculos depois: “São quatro as causas básicas apresentadas para a concessão dessa grande carta: 1) a honra de Deus; 2) pela saúde da alma do rei; 3) para a elevação da Santa Igreja; e 4) para a melhoria do reino. Mas o argumento mais poderoso é encontrado no exército que se opunha ao rei. A compensação que John recebeu por suas concessões foi a renovação da fidelidade e vassalagem dos seus antigos opositores.”¹⁴⁹

Seria de se pensar, portanto: só o rei então ganhou com a outorga?¹⁵⁰
Não.

Com a concessão dos direitos explicitados na Carta, os barões conseguiram a distinção pretendida, já que a Carta referia-se apenas aos “homens livres”, permitindo àqueles senhores feudais, utilizarem-se do trabalho muitas vezes levado às beiras da indignidade humana, outras à escravidão mesma, sem que, e justamente porque, os direitos recém conquistados não atingiam, de imediato, uma considerável parte da população.

Mais ainda, nos termos do documento, os barões (homens livres) não estariam submissos ao arbítrio e vontade soberana do rei quando da prática de qualquer ilegalidade (civil ou criminal). De lembrar que a Carta mencionava a necessidade, para a prisão, perda de bens, exílio etc., de um anterior julgamento “pelos seus pares”, o que queria dizer, pelos próprios

¹⁴⁹ - Idem, p. 13-14.

¹⁵⁰ - Nunca é demais lembrar que, embora fruto de um pacto, do ponto de vista formal, a Magna Carta fora mesmo outorgada.

conquistadores do novo direito ou, de um julgamento pela “lei da terra”, o que, a princípio, naqueles casos, submetia também o rei à anterioridade da lei e à conseqüente obediência legal quando diante de tal julgamento.

Note-se que, de certa forma, o acordo apresentava uma solução que atingia aos interesses de ambas as partes, e se entenda isto ao pé-da-letra, já que, para que ficasse apenas entre as partes diretamente envolvidas (rei e barões), o documento fora escrito em latim, idioma cujo acesso não era dado naturalmente aos provenientes das classes menos afortunadas, que, desnecessário esclarecer, representavam – como sempre assim foi na História –, a maioria... A intenção inicial, é evidente, era que a Carta e seus direitos permanecessem restritos a destinatários certos e limitados.

Todavia, tem o Direito as suas peculiaridades...

O documento cuja criação se forçou para conter desmandos do rei, protegendo especificamente os barões, acabou por servir às demais classes, bem como se transformou em uma das principais garantias do direito moderno, possibilitando o nascimento do princípio do juiz natural, do estado de inocência, do *habeas corpus*, da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, entre outras conquistas, isto, para ficarmos no âmbito do processo penal, o que será tratado oportunamente. Fato é que, um documento que, a princípio, poderia ser tachado de egoísta e elitista, acabou por estender-se a todos os cidadãos, graças à riqueza, oportunismo e, talvez até, generosidade das interpretações doutrinária e jurisprudencial posteriores.

Voltando ao campo histórico, para uma melhor explicação daquele fato, no dizer de SCHWARTZ: *É verdade que os barões estavam exclusivamente preocupados com suas queixas contra John; mas quando os Artigos dos Barões originais estavam sendo refinados, as palavras “qualquer barão” foram mudadas em diversos dispositivos importantes para “qualquer homem*

*livre” (liber homo). Essa mudança de palavras pode ter algo de importância menor na ocasião (“homem livre” era uma expressão técnica feudal com sentido muito mais restrito do que lhes damos hoje), mas posteriormente adquiriu a maior importância. É que permitiram que os capítulos essenciais da Magna Carta pudessem se ajustar às necessidades de épocas posteriores, fixando precedentes para resguardar as liberdades que iam se desenvolvendo.*¹⁵¹

Interessante o estudo de Schwartz, porque o autor, além de apresentar uma visão bem precisa sobre a origem da Magna Carta, coloca também alguns aspectos que fogem à linha adotada por outros autores. É o caso, portanto, quando o autor deixa claro que o fato de a Magna Carta ter conseguido a abrangência posterior pode ter sido ainda fruto de visão política (ou erro de cálculo) de João, já que insinua Schwartz que tal documento fora escrito propositadamente para ser mal interpretado, e mal interpretado para ter vida mais longa.

Mais uma vez, fica demonstrada a vontade do soberano na outorga do documento, ao invés do que aparentemente se vê nos propósitos iniciais do documento. Veja-se então as palavras do mencionado autor: *É claro que, por nossas próprias concepções, encaramos o documento de Runnymede como um instrumento orgânico destinado a “proteger a liberdade e a propriedade pessoais, proporcionando segurança contra prisão e espoliação arbitrárias”. Se os homens que formularam a Magna Carta tiveram ou não tal intenção tão ampla, o fato é que, incontestavelmente, o documento acabou tendo esse efeito. O mais significativo para nós, como bem ressalta J.W. Gough, é que, independente do objetivo original da Carta, foi esse o valor que passou a ter para as gerações posteriores. Se mais tarde os homens passaram a cultuar as*

¹⁵¹ - Idem, p. 15.

*palavras de Runnymede apenas porque as interpretaram erroneamente, o mais importante, no final das contas, é que as palavras foram de fato escritas de maneira a poderem ser "interpretadas erroneamente", como se visassem a servir às necessidades das eras posteriores.*¹⁵²

De fato, os termos da Magna Carta, apesar de originariamente dirigidos às relações entre rei João e barões, acabam por servir, também, nas relações barões e populares, na própria expressão de “lei da terra” e “julgamento comum dos pares”.

Não diferente, é o pensamento de SANCHEZ AGESTA, que atesta essa interpretação: *los obispos y los nobles no sólo han reclamado y asegurado sus derechos, sino también los de los labradores y los comerciantes, los burgueses y los villanos. La misma garantía com que los barones se cubren ante el rey cubrirá a los hombres del pueblo ante sus señores.*¹⁵³

Esta abrangência, entretanto, repita-se, não era a intenção imediata dos destinatários imediatos dos direitos conquistados, mas sim, consequência de interpretações (errôneas, como visto, segundo alguns, ou oportunas, como se prefere aqui) posteriormente aplicadas ao documento.

Fica fácil o entendimento, portanto, de que, de se a Magna Carta não nasceu inicialmente com o propósito de documento universal, ou de abrangência de uma declaração dos povos, foi possível a sua apropriação pelas gerações posteriores dados os próprios termos utilizados e a sua proposital, acidental ou até mesmo impensada colocação de termos.

Mas o que possibilitou interpretações tão abrangentes?

¹⁵² - Idem, p. 17.

¹⁵³ - SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de derecho constitucional comparado*. 6. ed., Madrid: Universidad de Madrid/Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, 1976, p. 113.

A abrangência do documento estudado nasceu, basicamente, da controvérsia a respeito da expressão “lei da terra” contida no item 39, utilizada, a princípio, como uma exigência entre as partes, da observação da legalidade.

É que Magna Carta não trouxe em si, estampado, o termo “due process of law”, o que facilitaria uma interpretação posterior inclinada à extensão daquele documento a todos e para todos. Trouxe, isto sim, a já mencionada expressão “lei da terra”, e com ela, a controvérsia que ajudou a gerar o devido processo e seus consectários.

Acontece que, quanto à interpretação da expressão “lei da terra”, se se invocasse exclusivamente o método literal, ou a técnica gramatical, poder-se-ia imaginar qualquer lei oriunda de autoridade competente dentro de um determinado território, lei esta que poderia beneficiar uns em detrimento de outros sem maiores conseqüências, já que calcada apenas no requisito da validade, na sua acepção positiva pura, o que na Inglaterra, apenas para se lembrar, seria uma posição da escola analítica.

Não, porém. A partir do momento em que se pressupõe a Constituição como estatuto máximo de uma ordem jurídica, contribuição a que a própria Inglaterra passa a legar nos primórdios do constitucionalismo, a expressão “lei da terra” tem que deixar a esfera meramente positivista. Nesse sentido, THOMAS COOLEY, em estudo antológico do início deste Século, lembra a teorização de Webster, que, a despeito da extensão, de transcrição impreterível, pelo esclarecimento: *Para reproduzir as palavras de um illustre advogado e estadista: “Nem tudo aquillo que póde apparecer sob a forma de uma deliberação legislativa, pode considerar-se como lei da terra. Se assim fosse, as leis infamantes (acts of attainder), as de castigos corporaes (bills of pains), as de confiscação, os actos revocatorios de sentenças, aquelles pelos*

*quaes se priva alguém da sua propriedade para transferil-a directamente a outrem, os julgados legislativos, os decretos e as confiscações de toda forma possiveis seriam leis da terra. Tão estranha interpretação tornaria completamente inefficazes e nullos os dispositivos constitucionaes da mais alta importancia. Não haveria mais uma só lei geral estavel que os tribunaes pudessem applicar, ou que os cidadãos pudessem viver á sombra d'ellas. A administração da justiça seria uma fôrma vã, e uma cerimonia inutil. Os juizes desempenhariam suas funções não já para declararem a lei e administrarem a justiça do país, mas para cumprirem simplesmente as decisões e os decretos legislativos”.[sic]*¹⁵⁴

É claro então que, a expressão “lei da terra” só poderia, com a evolução natural da sociedade e do Direito, ser entendida como lei justa, ou, minimamente, como lei compatível com os princípios que regem um conjunto humano de pessoas viventes sob um mesmo território, ou seja, uma lei de fundo histórico-cultural.

Assim, em seguida, o próprio COOLEY repete a lição de Webster: *Por lei da terra, propriamente, antes entende-se o direito geral, o direito que ouve antes de condemnar, que age mediante investigações, e que só enuncia a sua sentença após a competente prova. Isto significa que cidadão gosará da vida, liberdade, propriedade e consequentes immunidades, sob a protecção das regras geraes que governam a sociedade.*[sic]¹⁵⁵

¹⁵⁴ - COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz, 2. ed., reprodução fac-similar da edição de 1909. São Paulo: RT, 1982, p. 202-3. **Obs.: a grafia utilizada representa uma reprodução fiel da edição do início do Século, que seguia aquele padrão ortográfico.**

¹⁵⁵ - Idem, p. 203.

A controvérsia sobre os termos da Magna Carta parece ter ganho relevo, principalmente, no Século imediatamente posterior, precisamente no ano de 1354, quando Eduardo III, lança em seu Estatuto, pela primeira vez, o termo “due process of law”, substituindo aquela primeira expressão.

Ora, se na prática o problema pudesse estar resolvido, nada obstou as lucubrações da doutrina em relação ao termo cunhado originariamente, até porque, em algumas colônias inglesas da atual América do Norte, o termo “lei da terra” fez parte, posteriormente, de seus estatutos, independentemente da Lei de Eduardo III.

Não obstante, como aponta COUTURE, a relação entre os dois termos representava nada mais que uma instância de desenvolvimento¹⁵⁶. Sim, não há como discordar, já que o argumentado até aqui leva à evolução do significado da Magna Carta justamente sob o comando da evolução sócio-cultural.

Entretanto, o “due process of law” ganhou grande força a partir de sua implantação no direito norte-americano, ou, para ser mais preciso, na “common law” aplicada na América colonial. E isto, o desenvolvimento mesmo do direito inglês, suas bases, bem como a sua aplicação na “Nova Inglaterra”¹⁵⁷, e aqui, calcada em bases diversas, faz o devido processo ganhar uma nova dimensão, muito mais abrangente e efetiva do que a originária.

Assim é que, conforme aponta NERY JUNIOR, *antes mesmo da Constituição Federal Americana, de 1787, algumas constituições estaduais daquele país já consagravam a garantia do due process of law, como exemplo*

¹⁵⁶ - COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma) Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 99.

¹⁵⁷ - Leia-se: Colônias inglesas na América.

*as de Maryland, Pensylvannia e de Massachessets, repetindo a regra da Magna Charta e da Lei de Eduardo III.*¹⁵⁸

O mesmo, como nos lembram ainda, em detalhes, Castro, Bernard Schwartz e Nery Junior, se deu, pela ordem, na Declaração dos Direitos da Virgínia, de 16 de agosto de 1776, cuja seção 8.^a trazia a menção *that no man be deprived of his liberty, except by the law of the land or judgement of his peers*.

A Declaração de Delaware, que nos dizeres de NERY JUNIOR, ampliava e explicitava melhor a cláusula na seção 12: *That every freeman for every injury done him in his goods, lands or person, by any other person, ought to have justice and right for the injury done to him freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the law of the land*".¹⁵⁹ Note-se, aqui, ainda, a expressão predominante “lei da terra”.

De lembrar-se, também, a Declaração de Direitos de Maryland, de 3 de novembro de 1776, que, conforme aponta CASTRO, após reconhecer aos habitantes dessa Colônia, no item III, a titularidade ao direito comum inglês¹⁶⁰, nos termos *that the inhabitants of Maryland are entitled to the common law of England and the trial by jury, according to the course of that law, and to the benefit of such of the English statutes, as existed at the time of their first emigration*, incluiu, pela primeira vez, o trinômio *vida-liberdade-propriedade*, no seu inciso XXI, conforme a “lei da terra”: *That no freeman ought to be taken, or imprisoned, or disseized of his freehold, liberties, or privileges, or outlawed, exile, or in any manner destroyed, or deprived of his life, liberty or property, but by the judgement of his peers, or by the law of the land*.

¹⁵⁸ - NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed., São Paulo: RT, 1995, p. 28. O Autor lembra Couture, nesta passagem.

¹⁵⁹ - Idem, p. 29.

¹⁶⁰ - CASTRO. Carlos Roberto Siqueira de. Op. cit., p. 13.

Em seguida, veio a Declaração dos Direitos da Carolina do Norte, de 14 de dezembro de 1776, adotando disposições semelhantes à anterior declaração de Maryland, ou seja, enfatizando a vida, a propriedade e a liberdade, conforme a “lei da terra”.

Após, para seguir o traçado cronológico, devem ser lembradas as declarações de Vermont, de 8 de julho de 1777, esta com o inciso X, voltado às garantias do processo penal, a Constituição de Massachusets, de 25 de outubro de 1780, com uma seção própria à “declaração de direitos”, voltando-se às garantias do processo penal no inciso XXI: *...and no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out to the protection of the law, exiled, or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgement of his peers, or the law of the land.*

Finalmente, de lembrar-se a Constituição de New Hampshire, de 2 de junho de 1784, também exaltando o devido processo, na linha das demais Cartas Estaduais.

Seguiu-se às declarações apontadas, a Constituição dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1787, que consagra até os dias de hoje, o devido processo legal, nas suas emendas V e XIV, o que será tratado em tópico especial do presente trabalho, qual seja, do direito comparado.

2.2. Devido processo penal

Não resta dúvida que, de todas as garantias constitucionais relativas ao processo, encontra-se no *devido processo legal* a mais importante, uma vez que origem de todas as demais. Se as garantias constitucionais do processo dizem respeito à jurisdição, ou seja, que todos têm direito de exigir do Estado a tutela jurisdicional, e, por outro lado, têm direito a um julgamento de suas

lides, é de se lembrar que tal julgamento deve ser procedido em conformidade com as regras básicas de respeito à dignidade humana.

*Assim, não basta, realmente, que o membro da coletividade tenha direito ao processo tornando-se, pelo contrário, inafastável, também, a absoluta regularidade deste, com a verificação de todos os corolários daquele para o atingimento de referida meta colimada*¹⁶¹.

Com efeito, TUCCI & TUCCI trazem à luz alguns elementos constitutivos do devido processo legal, tais como: *a) elaboração regular e correta da lei, bem como de sua razoabilidade, senso de justiça e enquadramento nas preceituações* (substantive due process of law *segundo o desdobramento da concepção norte americana*); *b) aplicação judicial da lei através de instrumento hábil à sua interpretação e realização, que é o processo* (judicial process); *e c) assecuração, neste, da paridade de armas entre as partes, visando à igualdade substancial.*¹⁶²

Desta classificação dos Tucci, infere-se a necessidade da apresentação das duas categorias do devido processo, para antes entrar naquela que especificamente é objeto do presente trabalho. Destarte, não só na atuação jurisdicional mas também na criação legislativa, ganha o devido processo importância fundamental na história dos direitos fundamentais através dos seus sentidos processual e material, este, de influência americana como se verá a seguir.

Ademais, apesar das referências ao “devido processo legal” quanto ao princípio norteador do processo no sentido amplo, adota-se, desde já, como se percebe do título deste tópico, o termo “devido processo penal”, quando se tratar especificamente da matéria processual penal, uma vez que, apesar da

¹⁶¹ - TUCCI, *Constituição e Processo*, p. 17.

¹⁶² - Idem, p. 15-16.

abrangência do princípio geral, quando de sua aplicação nesta área do processo, o mesmo deixa patente suas peculiaridades.

2.2.1. Sentido material do devido processo (substantive due process)

A partir da recepção da “common law”, nas colônias inglesas denominadas “New England”, hoje os EUA, a cláusula do devido processo ganhou uma conotação especial, ainda hoje adotada, menos no sentido “processual” (que é o sentido adotado neste trabalho, e por isto deixa-se para abordá-lo após), e mais com o sentido de racionalidade e proporcionalidade na elaboração das leis, bem como na atuação da administração pública, o que não deixa de levar ao mesmo objetivo do sentido processual, ou seja, a garantia dos cidadãos contra o Estado.

Entretanto, do que parece aqui, o caminho utilizado na garantia do cidadão, a partir da via substantiva (sentido material do devido processo), é antes preventivo quando em tese, e, indireto no caso da atuação e fiscalização estatal sem provocação individual, do que o utilizado e garantido via processual, que, no mais das vezes, é repressivo, ou seja, invocado para corrigir inobservância já constatada, e direto, pois utilizável pelo cidadão/órgão parte de um processo, isto é, sob a incidência de um caso concreto.

Voltando às origens, o fato da via substantiva ter sua grande fonte no desenvolvimento do Direito da América do Norte não é mera coincidência. Enquanto a Inglaterra guarda a tradição calcada no pensamento lockeano de prevalência do Legislativo sobre os demais poderes, os EUA, já na sua origem, dadas as revoltas contra o colonizador, e portanto, contra as leis consideradas injustas (porque voltadas à mera exploração) impostas sobre o território

colonizado, repete-se, os EUA procuraram estabelecer um maior controle sobre os atos do Poder Legislativo. Via de consequência, houve uma sobrevalorização do Poder Judiciário (que persiste até os dias de hoje), dotado este, de poder de revisão dos atos daquele Órgão, o que atualmente se configura no controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos do poder público, mas que, desde o início na América do Norte, assumiu, mais do que em qualquer outro lugar do mundo, uma feição de maior teor imperativo.

Tal fato é explicável. A Inglaterra, desde os seus tempos remotos, guarda a tradição de supremacia do Poder Legislativo sobre os demais poderes públicos. Primeiro porque, à época do absolutismo, o rei governava por meio de leis e outros atos, simplesmente impostos aos súditos, atos estes inquestionáveis e, geralmente, unilaterais, no sentido de beneficiar única e exclusivamente a Coroa. Ora, até a *Magna Charta* (e mesmo depois), não se falava em questionar, exigir direitos sobre, e, tampouco, impugnar qualquer ordem real.

Do mesmo modo, o viés do governo Monárquico nunca foi o que se conhece atualmente como “administração pública”, senão, um governo de privilégios de uma classe aristocrática, fundados na lei real, sobre o suor, os impostos e muitas vezes o sangue das classes menos avantajadas.

Isso não mudou com a revolução inglesa e a instituição das Câmaras dos Lordes e dos Comuns, o Parlamento Inglês.

É que, a revolução inglesa mesma, tivera uma grande influência do filósofo e cientista político John Locke (1632-1704), que, em seus escritos deixava clara a sua teorização da separação dos poderes¹⁶³, com predomínio

¹⁶³ - Antes de Montesquieu (1689-1755), a quem se atribui comumente nos manuais, a precursão de tal teoria, Locke já tratava do assunto com propriedade, isso sem falar em Aristóteles, o preconizador da teoria dos três poderes, embora nos moldes da Grécia antiga.

do Poder Legislativo sobre os demais que relacionara em seus estudos, ou seja, o “Federativo da Comunidade” e o “Executivo”. Segundo LOCKE: *O poder legislativo é o que tem o direito de estabelecer como se deverá utilizar a força da comunidade no sentido da preservação dela própria e dos seus membros. (...) Todavia, como as leis elaboradas imediatamente e em prazo curto têm força constante e duradoura, precisando para isso de perpétua execução e assistência, torna-se necessária a existência de um poder permanente que acompanhe a execução das leis que se elaboram e ficam em vigor. E desse modo os poderes legislativo e executivo ficam freqüentemente separados.*¹⁶⁴

Note-se que, na tese de Locke, sequer constava um poder com as características atuais do Judiciário, que eram legadas ao Legislativo mesmo. Nesse sentido, LOCKE é enfático: *Em todos os casos, enquanto subsiste o governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior; e desde que o legislativo não o é de outra qualquer maneira senão pelo direito que tem de fazer leis para todas as partes e para qualquer membro da sociedade, prescrevendo-lhes regras às ações, e concedendo poder de execução quando as transgridem, o legislativo necessariamente terá de ser supremo, e todos os outros poderes em membros ou partes quaisquer da sociedade dele derivados ou a ele subordinados.*¹⁶⁵

Segue-se, daí, a famosa disputa entre Coke e Blackstone, sendo que o primeiro, Sir Edward Coke, esforçou-se, segundo CASTRO, nos séculos XVI E XVII, para estender o predomínio das Cortes de common law sobre os

¹⁶⁴ - LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. IN : *Os Pensadores*; 9, Tradução de E. Jacy Monteiro, 5. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 273.

¹⁶⁵ - Idem, p. 275.

*Tribunais da Coroa investidos da jurisdição de equidade (chancery), isto a ponto de permitir aos primeiros controlar os atos do Legislativo.*¹⁶⁶

Por sua vez, Blackstone fez prevalecer na Inglaterra a sua teorização (mesmo porque, amparada na tradição) de prevalência do Parlamento sobre as demais autoridades, não admitindo a revisão prevista por Coke. Segundo Blackstone, *true it is that what the Parliament does, no authority upon earth can undo.*¹⁶⁷

Conforme teoriza ainda CASTRO, citando, inclusive, o famoso *Dr. Bonham's case*, de onde surgiram as disputas teóricas com Blackstone, se as investidas de Coke não tiveram sucesso na Inglaterra, serviram para *estimular, na América do Norte, o desejo ardente e irrefreável pelo controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.*¹⁶⁸ Segundo a decisão de Coke,

¹⁶⁶ - CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. Op. cit., p. 18.

¹⁶⁷ - *"A verdade é que o que o Parlamento faz, nenhuma autoridade na terra pode desfazer"*. Esta nota encontra-se também presente, sem tradução, em CASTRO, op. cit., p. 18.

¹⁶⁸ - CASTRO. Idem, p. 18-19. Para que o leitor se intere do caso em questão, ou seja, o *Dr. Bonham's case*, Castro o descreve, à p. 19, da obra citada, do que se toma a liberdade de transcrever: *O caso referia-se ao exercício regular da profissão de médico, envolvendo a aplicação de multa imposta ao Dr. Bonham pela Academia Real de Medicina (Royal College of Physicians), cujo montante em parte revertia diretamente para o órgão de classe competente para cominar a penalidade pecuniária, de acordo com seu respectivo estatuto. Este dispunha, em resumo, que ninguém poderia exercer a medicina em Londres sem licença da corporação sob pena de pagamento, a título de multa, de 100 xelins por mês, dos quais metade caberia ao Colégio dos Médicos, cabendo a outra igual fração ao Rei. O não-pagamento da penalidade assim lançada importava em prisão do infrator do estatuto profissional. Como magistrado do King's Bench, Coke sentenciou a favor do Dr. Bonham e contrariamente ao presidente e aos censores da Academia de Medicina numa ação de false imprisonment intentada pelo primeiro, concluindo, de forma tão surpreendente quanto criativa, que a penalidade aplicada era inválida porque a ninguém é dado ser juiz em causa própria. No ponto que mais de perto interessa à problemática do controle de validade das leis, afirmou o genial e intrépido jurisconsulto inglês: "The censors cannot be judges, ministers and parties; judges to give sentence of judgement; ministers to make summons, and parties to have the moiety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse judex in propria causa, imo iniquum est alequem suae rei esse judicem; and one cannot be judge and attorney for any of the parties... AND IT*

um ato do Parlamento não poderia transformar um interessado na causa, em julgador da causa mesma (*nemo iudex in causa propria*), o que seria inadmissível e até repugnante. Por outro lado, Blackstone já teria dito, que o que o Parlamento faz, ninguém pode desfazer, o que queria dizer da impossibilidade de revisão judicial de atos do Legislativo, que teria, no caso em questão, permitido, por lei, ao Colégio dos Médicos receber parte de multa por exercício ilegal da profissão, imposta pela classe mesma, através de julgamento *interna corporis*, ao qual fora submetido o médico Bonham.

Fato é, porém, que, dado o precedente *decisum* de Coke, permitiu-se às Colônias independentes (e revoltosas) da América do Norte, iniciar sua própria tradição, até hoje viva, de conferir poder ao Judiciário para rever os atos do Legislativo, mormente para garantir a fiscalização da constitucionalidade e conseqüentes razoabilidade e racionalidade daqueles atos. Ademais, sendo o Judiciário, o poder exercido local e independentemente nas Colônias, nada mais oportuno para impedir opressões legislativas advindas do Colonizador, já que, no mais das vezes, consideradas violadoras dos direitos e liberdades fundamentais do povo colono. Assim, segundo a lição minuciosa de CASTRO, instituiu o povo norte-americano *a proeminência do Poder Judiciário sobre o Legislativo na função de declarar o sentido e o alcance das normas jurídicas, ou seja, numa palavra, declarar what the law is, inclusive a ponto de invalidar as regras de direito contrárias à Constituição. Desse modo, os Estados Unidos conseguiram a fórmula da fecunda simbiose entre as doutrinas antagônicas de Blackstone e de Edward Coke, compatibilizando-as*

APPEARS IN OUR BOOKS, THAT IN MANY CASES THE COMMON LAW WILL CONTROL ACTS OF PARLIMENT AND SOMETIMES ADJUDGE THEM TO BE UTTERLY VOID, for when na act of Parliament is against common right and reason, or repugnant or impossible to be performed. THE COMMON LAW WIL CONTROL IT, AND ADJUDGE SUCH ACT TO BE VOID”.

*em seu proveito como nação independente e em proveito das liberdades civis.*¹⁶⁹

A partir dessa conquista norte-americana, fica possível entender o *sentido material do devido processo* (e é desse fundo histórico que aqui se imagina o nascimento do sentido material), a partir do momento em que ganha força o Judiciário para rever os atos do Legislativo. É que, *o conceito de “devido processo” foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão.*¹⁷⁰

Pois bem, a natureza do devido processo passa (como na origem) de garantia direta do cidadão contra o Estado, verificada através e durante o curso de um processo que se exige, transcorra de forma devida, a um meio fiscalizatório, muitas vezes genérico (entenda-se, independente de caso concreto), exercido pelo Judiciário, quando da elaboração das leis e da prática de atos do poder público no âmbito do Estado.

Nessa linha, só pode ser considerada consoante o devido processo, uma lei elaborada sob a ótica da razoabilidade e racionalidade, portanto, consoante o princípio constitucional da proporcionalidade. Uma lei irracional, desproporcional, arbitrária, passa então a ser desentendida como “lei da terra”, portanto, ferindo o devido processo. Nesse sentido, indispensável a lição de CORWIN & PELTASON, em análise à Constituição norte-americana: *Substantive due process, which began to be important in the United States Supreme Court about 1890, requires that the Court be convinced that the law*

¹⁶⁹ - Idem, p. 23.

¹⁷⁰ - NERY JUNIOR, Nelson. Op. cit., p. 33.

— *not merely the procedures by which the law would be enforced, but its very purpose — is fair, reasonable, and just.*¹⁷¹

E o sentido material não incide apenas sobre os atos do Legislativo, mas vai além, incluindo todos os órgãos do poder público, e mais, passa de mera interpretação jurisprudencial e doutrinária, a norma positivada. Um exemplo é a exigência de legalidade nos atos da Administração Pública.

Pode-se acrescentar, inclusive que, quando o art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil, menciona que *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...*, tem-se aí estampado, no direito pátrio, um nítido exemplo do devido processo legal em seu sentido material, invocado em favor da sociedade, contra todos órgãos representantes dos entes e componentes da Federação, impondo-lhes limites na atuação e gestão da coisa pública, de forma abstrata e indireta, ou seja, preventivamente, sem a necessidade do nexo de causalidade que a princípio exigir-se-ia num processo mesmo e todos os seus atos.

É evidente que, ainda que indiretamente, ou ainda, em tese, toda vez que ato do Legislativo ou da Administração Pública vier a contrariar direito fundamental ou princípios inerentes, tal ato, *ipso facto*, passa a ser considerado contrário e violador do princípio do “devido processo legal”, no seu sentido material ou substantivo.

¹⁷¹ - CORWIN, Eduard S., & PELTASON, Jack W., *Understanding the Constitution*. Third edition. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 132. Traduz-se: *O sentido substantivo do devido processo, que se tornou importante na Suprema Corte dos Estados Unidos por volta de 1890, requer que a Corte seja convencida de que a lei — não meramente o procedimento pelo qual a lei deve ser aplicada, mas, que fique claro — é equitativa, razoável e justa.*

Outro exemplo no direito brasileiro, é bem visível no artigo 68 e incisos da CF/88. Ali, considerando-se o Órgão Legislativo como sujeito natural e constitucionalmente designado para a feitura de leis, quando a Carta possibilita a delegação legislativa ao Executivo, em casos específicos, mas estabelece limites na sua atuação, limites estes fiscalizados pelo Congresso e fiscalizáveis pelo Judiciário, está-se deixando estabelecida a atenção do *substantive due process*. Isso se verifica, até porque, o inciso II, do referido artigo, proíbe a delegação legislativa em matérias de nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; nada mais óbvio, já que a relevância de tais matérias exigem o legislador natural e o procedimento devido (*due process*), e a delegação legislativa implica justamente numa necessidade urgente, e naturalmente, simplificadora, ou dir-se-ia até, supressora, do processo legislativo em seu sentido estrito. Destarte, uma vez ultrapassados os limites impostos constitucionalmente, fora de dúvida estar-se ferindo o sentido material do devido processo legal, eis que se contraria a “lei da terra”.

Mas, analisando-se ainda o caso brasileiro, se a discussão fica facilitada quando se observa a proporcionalidade (fundamento do *substantive due process*) a partir de um viés repressivo (concentrado ou difuso), no âmbito do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Poder Público, o mesmo não se pode dizer, quando se trata de caráter preventivo, ou seja, a intervenção jurisdicional no curso do processo legislativo para suspender apreciação de projeto de lei considerada violadora do sentido material do devido processo, por desproporcional (irracional e/ou não razoável).

Essa questão fora muito debatida, mormente no STF, justamente por tratar-se de interferência de um Poder na atividade natural de outro, do que já se argüiu o ferimento do artigo 2º da Constituição da República. Porém,

embora com alguma resistência de correntes políticas, prevaleceu nos Tribunais Superiores, o posicionamento no sentido da possibilidade de fiscalização jurisdicional do processo legislativo.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme aponta MORAES, ficou decidido que *o controle jurisdicional sobre a elaboração legiferante, inclusive sobre propostas de emendas constitucionais, sempre se dará de forma difusa, por meio do ajuizamento de mandado de segurança por parte de parlamentares que se sentirem prejudicados durante o processo legislativo. Reirere-se que os únicos legitimados à propositura de mandado de segurança para defesa de **direito líquido e certo de somente participarem de um processo legislativo conforme as normas constitucionais e legais são os próprios parlamentares.***¹⁷²

Mas, nas cadeiras do Supremo Tribunal Federal, tal discussão deu azo a uma acirrada disputa teórica, gerando, assim, duas correntes de pensamento, especialmente quando da apreciação do Mandado de Segurança nº 22.5033/DF, interposto contra ato do Presidente Câmara, relativo à tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 03, de Reforma da Previdência.

Por um lado, justamente com enfoque na separação de poderes, a corrente majoritária, composta pelos Ministros Maurício Corrêa, Francisco Rezek, Sydney Sanches, Néri da Silveira, Moreira Alves, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso e Octávio Gallotti, que, mesmo admitindo a interferência jurisdicional, a admitia apenas em relação às normas constitucionais inerentes ao processo legislativo, não sendo possível a interferência quanto aos assuntos

¹⁷² - MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 5. ed., revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 1999, p. 539 (texto destacado em itálico no original). O autor traz ainda, à p. 538, julgado do STJ, ressaltando a importância do *substantive due process*: “O princípio do *due process* estende-se à gênese da lei. Uma lei mal formada, vítima de defeitos no processo que a gerou, é ineficaz; a ninguém pode obrigar” (STJ – 1ª T. –

interna corporis, por exemplo, quando o processo de elaboração de leis ferisse meramente o regimento da Casa Legislativa, tal ofensa não deveria ser objeto de apreciação jurisdicional.

Por outro lado, a corrente minoritária, composta pelos Ministros Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Celso de Mello, mais radical, mas não menos democrática, entende-se, entendeu pela possibilidade de interferência do Judiciário até mesmo nos assuntos regimentais internos, quando a partir daí, estivesse comprometida também a ordem constitucional uma vez que maculado o devido processo legislativo.¹⁷³

De qualquer forma, enfim, importante a transcrição de trecho definitivo do Ministro Celso de Mello, trazido na obra de Moraes: *se o próprio Parlamento desrespeita o processo de formação das leis, negando a alguns de seus membros o direito essencial de discutir as proposições segundo uma ordem previamente estabelecida, não se faz, ele próprio, depositário fiel da grave missão institucional que lhe foi confiada, pois uma lei ou emenda constitucional oriunda de processo viciado não pode qualificar-se, por imprestável e inválida que é, como um ato estatal, digno de acatamento e da reverência da coletividade a que se destina.*¹⁷⁴

O que parece ter ficado claro, também, é a admissibilidade nesse tipo de fiscalização da constitucionalidade, apenas da forma difusa, via mandado de segurança interposto única e exclusivamente por parlamentar (legitimado em face da condição de partícipe do processo legislativo), negando-se a participar de tal processo sob a alegação de que o mesmo levaria à criação de lei

RMS nº 7.313-0/RS – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *Diário da Justiça*, Seção 1, 5 maio 1997 – Ementário STJ 18/395).

¹⁷³ - Para uma noção mais abrangente da discussão, inclusive com um resumo dos votos, v. MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 540-547.

¹⁷⁴ - Idem, p. 546-7.

desproporcional, injusta, irracional e, numa palavra, inconstitucional, pois violadora do sentido material do devido processo, o *substantive due process*.

O devido processo, então, em seu sentido material, substancial ou *substantive due process*, passa a operar como *filtro de legalidade do poder de polícia do Estado, em particular no campo do poder “regulamentar” de polícia, que tornou-se a grande fonte de produção normativa do Estado contemporâneo*.¹⁷⁵

Daí pensar-se que, no nosso Direito, se o Judiciário pode rever os atos do poder Legislativo e da Administração pública, a) no controle da constitucionalidade, através de provocação dos legitimados do art. 103 da CF/88, b) por meio de provocação dos próprios parlamentares, no controle difuso, via Mandado de Segurança, garantindo, nos dois casos, uma forma de atuação do sentido material do devido processo, não permitindo a sua entrada em vigor, ou reprimindo, lei ou ato administrativo já vigente, quando esses violarem os preceitos da Lei Maior, mormente no que tange a direitos fundamentais; é também razoável o raciocínio que também coloca, c) na provocação do cidadão (através do Mandado de Segurança, do *habeas corpus*, do *habeas data*, do mandado de injunção – apesar de sua relativa ineficácia prática, atualmente –, etc.) através dos remédios constitucionais, meios de provocação do Judiciário na fiscalização da observância do devido processo no seu sentido material, isto no sentido, umas vezes, de criação de leis mais justas, outras vezes, no sentido de supressão (ainda que no caso concreto) de leis válidas porém injustas e outras vezes ainda, no sentido de cobrar atuação

¹⁷⁵ - V. CASTRO. Op. cit., p. 43.

do Poder Público de forma a preservar a racionalidade e razoabilidade de seus atos.¹⁷⁶

2.2.2. *Sentido processual do devido processo (procedural due process)*

Da leitura mesma do artigo 39, da Magna Carta, percebe-se que o instituto do devido processo (inicialmente, repete-se, referido como “lei da terra”) nasceu com um sentido meramente processual, ou seja, uma garantia individual dos barões, posteriormente (após Edward III), de todo cidadão inglês, no sentido de não ser condenado, destituído de seus bens, desterrado, ou sofrer qualquer consequência corpóreo-patrimonial, sem um processo justo e paritário, calcado nas leis preestabelecidas.

Essa característica da cláusula “due process of law” permanece até hoje, e é assim que a Justiça estadunidense a tem incorporado no âmbito do processo penal.

Porém, confirmando os norte-americanos a sua tradicional vocação inovadora na doutrina dos direitos humanos, reforçam a cláusula, estendendo-a não só à prática processual, mas também em relação à lei em tese. Veja-se, por exemplo, lição de CORWIN & PELTASON, num primeiro momento, deixando o seu conceito a respeito do tema: *Procedural due process refers to the methods by which the law is enforced. It Requires, to paraphrase Daniel Webster's famous definition, a procedure which "hears before it condemns,*

¹⁷⁶ - Vários exemplos concretos, instituídos na ordem jurisdicional norte-americana, podem ser encontrados na já multicitada obra de CASTRO. Poupa-se, aqui, o leitor, por não se tratar o tema, de objeto específico do presente estudo.

*proceeds upon inquiry, and renders judgement only after [a] trial” in which the essentials of justice have been preserved.*¹⁷⁷.

E depois, os mesmos autores, citando, inclusive, jurisprudência da Suprema Corte, procuram deixar clara a extensão do sentido processual do devido processo, no intuito de refrear não só a prática judiciária, mas também eventuais irracionalismos verificados na lei mesma: *A law itself may violate procedural due process if it fails to establish a definite standard of guilt or to provide for fair procedures. In the words of the Supreme Court, “A statute which either forbids or requires the doing of an act in terms so vague that men of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application, violates the first essential of due process of law.”*¹⁷⁸

Não tem sido diferente a incursão da cláusula do devido processo no direito brasileiro, que, no que tange ao processo penal, apesar de trazer garantias desde os primórdios de nossa história constitucional, passou, mormente a partir da Constituição de 1946¹⁷⁹, a reforçar no texto, minuciosamente, o catálogo das garantias, inserindo a garantia do acesso à Justiça através do direito de petição no parágrafo 37 e a ampla defesa e contraditório, no parágrafo 25.

¹⁷⁷ - CORWIN, Eduard S., & PELTASON, Jack W.. Op. cit, p. 132. Traduzindo: *O sentido processual do devido processo refere-se aos métodos pelos quais a lei é aplicada. Exige-se, parafraseando a famosa definição de Daniel Webster, um procedimento no qual “ouve-se antes de condenar, procede-se sobre a inquirição e impõe-se a decisão só depois do transcurso do processo” no qual a essência da justiça tenha sido preservada.*

¹⁷⁸ - Idem. ibidem. Traduz-se: *“A lei pode, por si mesma, violar o sentido processual do devido processo se falhar em estabelecer um padrão definitivo de culpa ou em criar procedimentos equitativos. Nas palavras da Suprema Corte, “Um estatuto que, de uma forma ou de outra, proibir ou requerer a prática de um ato em termos tão vagos que um homem de inteligência comum precisar necessariamente deduzir seu significado e discordar da forma como é aplicado, viola a essência primeira do devido processo legal”.*

¹⁷⁹ - V. item 1.4.2., deste trabalho.

Se é certa e verificada positivamente a incidência do sentido substantivo do devido processo em nosso direito atual, mais certo o é que o sentido mais usual no campo do processo penal, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, sempre foi o sentido processual, que pode, inclusive, atingir leis injustas e seus efeitos no processo mesmo, como ocorre na América do Norte.

Assim, há que se voltar ao tema da finalidade do processo penal¹⁸⁰.

Se se pensasse no processo penal apenas como instrumento de aplicação do direito material e como forma de legalização da imposição da pena a eventual autor de ato tido como ilícito penal, ou seja, a realização da pretensão punitiva, parece que perderia o sentido a garantia do devido processo legal na medida em que consistiria apenas em mera formalidade e pior, em discurso hipócrita com fundo meramente legitimador da pena.

ADA GRINOVER, em obra clássica, embora adotando posição menos radical do que a aqui defendida, chega a mencionar, na linha de Hélio Tornaghi: *E a lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas, que devem ser seguidas nos processos que contra eles se instauram e impedindo que sejam entregues ao arbítrio da autoridade judiciária.*¹⁸¹ Sim. É para isto que existe o processo: para proteger a dignidade, a vida e a liberdade da pessoa humana, à luz dos ditames constitucionais dos direitos fundamentais, tudo, com vias de se chegar à justiça, independentemente do resultado da ação.

Por fim, pode-se dizer que a garantia do devido processo é garantia do processo mesmo, que só pode atingir o seu fim, a justiça, se se pautar pela efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁸⁰ - O aspecto da finalidade do processo penal e a posição do presente trabalho foram bem definidos no item 1.4.3., do presente.

¹⁸¹ - GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual., São Paulo: RT, 1982, p. 20-21.

No mesmo sentido, a concisa lição de COUTURE: *La garantía de orden estrictamente procesal há venido a transformar-se, com el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma. La garantía de defensa em juicio consiste, en último término, en no ser privado de la vida, libertad o propiedad sin la garantía que supone la tramitación de un proceso desenvuelto en la forma que establece la ley.*¹⁸²

Destarte, o sentido processual da garantia aqui estudada consiste justamente num benefício ao cidadão/acusado de forma a garantir-lhe, primeiro, o acesso à Justiça com paridade de armas contra o acusador, de se lembrar o termo inglês *his day in court* (seu dia no tribunal), portanto, permitindo-lhe o contraditório e a ampla defesa; Acesso à justiça com devido processo, também, implica:

- a) na possibilidade de toda e qualquer pessoa ingressar em Juízo, no intuito de se defender amplamente, com possibilidade de produção de prova, arrolamento de testemunhas, de ciência de todos os atos do processo desde a acusação até o último ato procedimental, e contestar acusação contra si imposta, em observância da inafastabilidade do controle jurisdiccional de lesão ou ameaça a seu direito, numa posição e num estado de inocência, de tal forma que sobre a acusação pese o ônus da comprovação dos fatos alegados¹⁸³, sob pena de improcedência da ação;

¹⁸² - COUTURE, Eduardo. Op. cit., p. 100-1.

¹⁸³ - Esse ônus deve incumbir à Acusação, não pelo simples fato de se invocar a máxima “o ônus da prova incumbe a quem alega” como é comum aduzir-se nas lides penais. O ônus da prova incumbe à Acusação em face do teor do inciso LVII, do artigo 5º, da CF/88, que dispõe: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Daí que, v.g., alegando o acusado a legítima defesa, não se deve cobrar do mesmo a prova de tal alegação, mas ao contrário, cobrar-se da Acusação a prova de que tal alegação improcede, por incompatível com os elementos do processo. Em não ocorrendo tal comprovação pela Acusação, deve-se dar, ao menos, por admissível a alegação do Acusado.

- b) Implica, ainda, na garantia de ser julgado por juiz natural, dotado da investidura legal, juiz este independente e imparcial e mais, à luz de um procedimento regular e julgamento público, calcado na legalidade (anterioridade da lei penal) e revestido de formalidades essenciais, voltadas à celeridade e à justiça;
- c) Implica na garantia de refutar e pugnar contra medidas ilegais de busca e apreensão; na inadmissibilidade de condenação com base em provas obtidas por meios ilegais ou ilegítimos;
- d) Assistência judiciária, gratuita, se necessário;
- e) Privilégio contra a auto-incriminação¹⁸⁴.

Somente um processo penal dotado de tais elementos pode ser minimamente chamado de devido processo penal, no sentido de *procedural due process*.

2.2.3. Exemplos da cláusula do devido processo no direito estrangeiro

Já se abordou a origem histórica do devido processo e suas conotações substancial ou material e processual.

Antes, porém, de uma abordagem dos corolários diretos do devido processo (no sentido processual), ou seja, a ampla defesa e o contraditório como elementos de acesso à justiça, e ainda, antes de uma incursão na prática processual penal brasileira, julga-se necessário localizar, ainda que perfunctoriamente, a incidência constitucional do devido processo no direito alienígena, obviamente, escolhendo-se alguns diplomas constitucionais específicos, meramente à guisa de exemplificação (sem prejuízo de tantas quantas outras constituições trazerem em si a cláusula do devido processo), o

¹⁸⁴ - V. também, NERY JUNIOR, op. cit., p. 37-8.

que se pretende fazer com o mero objetivo de deixar expostas as semelhanças na posituação dessa garantia quando se trata do direito constitucional do ocidente e mais especificamente, da América Latina.

Para iniciar, nada mais natural que trazer a **Constituição dos Estados Unidos da América**, de onde se copiou muitos dos textos relativos ao devido processo, inseridos nas Constituições de outros Estados.

Quando se trata do devido processo, e, falando da Constituição norte-americana, costuma-se fazer referência apenas às Emendas V e XIV, como inerentes ao devido processo, bem como, não se vê muito explicada a relação entre ambas e qual o papel de cada uma, já que, basicamente, referem-se aos mesmos direitos.

Na verdade, o devido processo, se se entender o mesmo como se tem entendido até aqui, ou seja, na qualidade de garantia constitucional do cidadão, inerente ao acesso à justiça e seus corolários, é tratado naquela Constituição nas Emendas IV a VIII e também na Emenda XIV¹⁸⁵, e não somente nas Emendas V e XIV, como se pode imaginar, a princípio.

¹⁸⁵ - **Constituição dos EUA - Emenda IV** - *O direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido, e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. Emenda V* - *Ninguém será detido para responder por crime capital ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. Emenda VI* - *Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um*

Um aspecto que deve ser lembrado diz respeito ao fim a que se destinou a criação daquelas Emendas. Enquanto as Emendas IV a VIII da Constituição Americana (com especial atenção à Emenda V, evidentemente, pela literalidade) tratam de uma declaração de direitos de âmbito geral, a XIV Emenda nasceu com o propósito de dirigir-se exclusivamente aos Estados Membros da Federação Americana.

Destarte, as emendas IV a VIII, tem uma aplicação mais direcionada aos Tribunais, ou seja, ao julgamento propriamente dito, enquanto que a XIV Emenda está relacionada também com a atuação dos Estados Membros quanto à legislação estadual bem como aos julgamentos por crimes estaduais, que, evidentemente, são residuais.

Daí porque se diz que a observância, pelos Estados, da declaração de direitos, à luz da XIV Emenda, pode ser mais genérica, já que a incidência de julgamentos por crimes de sua jurisdição resulta de legislação própria, sujeita à supremacia constitucional, mas, ao contrário, visa proteger violações esdrúxulas e escancaradas, tais como o racismo, por exemplo, que deu origem àquela Emenda XIV.

Pode-se tirar tal conclusão das lições de CORWIN & PELTASON: *But for the most part, procedural due process has its application in the courtroom. For the Federal courts procedural due process requires a minimum the*

advogado. Emenda VII – Nos processos sujeitos a lei comum (suits at common law), nos quais o valor da questão exceder a vinte dólares, o direito de ser julgado por jurados será mantido, e nenhuma causa decidida por jurados poderá ser novamente examinada por tribunal algum dos Estados Unidos, senão em conformidade das regras do direito comum (common law). Emenda VIII – Não poderão exigir-se fianças excessivas, nem impor-se indenizações exorbitantes, nem infligir-se penas cruéis ou desusadas. (...) Emenda XIV - Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado promulgará nem executará leis que restrinjam os privilégios e as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem nenhum Estado

*careful observance of the Bill of Rights, especially the Fourth through Eighth Amendments. The national government must indict by grand jury, provide for trial by an impartial jury in criminal cases, not place any person in double jeopardy, and so on. States, on the other hand, are restrained only by the more general due process clause of the Fourteenth Amendment.*¹⁸⁶

Não se quer, assim, dar mais importância a uma violação que outra, já que se deve encarar os direitos fundamentais como iguais e indisponíveis na medida dos limites de permissão constitucional.

Entretanto, o que se visou com a Emenda XIV foi evitar que alguns pontos obscuros (mormente naquela espécie de federalismo, onde os Estados também legislam sobre crimes) não dessem azo a barbaridades tradicionais mormente relacionadas com o preconceito de raça exercido no julgamento das causas envolvendo o que se chamava legalmente, até 1886 (ano da promulgação da XIV Emenda) naquele país de *inferior class of beings* (classe inferior de seres).

E ainda, mais uma vez, na lição dos professores norte-americanos: *It should be emphasized that this clause, as well as the privileges and immunities clause and the equal protection of laws clause (...), is directed to the states, their officials, and local governments. Private wrongs – wrongfull acts of private individuals – if not sanctioned in some way by a state, do not*

poderá negar a ninguém que se achar dentro de sua jurisdição, a proteção das leis, igual para todos.

¹⁸⁶ - CORWIN & PELTASON. Op. cit., p. 132. Traduz-se: *Mas, no mais das vezes, o sentido processual do devido processo tem sua aplicação na sala de julgamento. Para as cortes federais o sentido processual do devido processo requer uma minuciosa e cuidadosa observância da Declaração de Direitos, especialmente da Quarta a Oitava Emendas. O governo nacional deve acusar perante o grande júri, prover o julgamento perante um júri imparcial nos casos criminais, não submeter uma pessoa a dois julgamentos pelo mesmo fato e assim por diante. Os Estados, por outro lado, estão restritos apenas à cláusula mais geral do devido processo disposta na Décima Quarta Emenda.*

*violate the Fourteenth Amendment. In brief, the Fourteenth Amendment protects individuals against state, not private action.*¹⁸⁷

Como se vê, a nova visão constitucional, além de interferir diretamente na autonomia dos Estados, impondo-lhe uma considerável redução¹⁸⁸, pretendeu, numa primeira visão, combater o racismo institucionalizado, e não o racismo privado que, infelizmente, persiste até os dias de hoje não só naquele país, e é de repressão mais dificultosa.

Por sua vez, a **França**, berço de uma série de conquistas em termos de direitos fundamentais, guarda ainda no preâmbulo da atual Constituição de 58, as idéias da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que traz no seu artigo 7º, o seguinte: *Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude de lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.*¹⁸⁹

Outro exemplo, de nós muito próximo, está na **Constituição da República Portuguesa**, de 1976, em seus artigos 28, 29 e 32, senão vejamos:

O artigo 28 da CRP, trata da prisão preventiva, assim dispendo: *1. a prisão sem culpa formada será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a decisão judicial de validação ou manutenção, devendo o juiz*

¹⁸⁷ - Idem, p. 151. Traduz-se: *Deve ser enfatizado que esta cláusula, na linha da cláusula dos privilégios e imunidades e igual proteção das leis (...) é dirigida aos Estados, seus oficiais e governos locais. Violações privadas – violações por parte de indivíduos – se não sancionados de qualquer forma por um Estado, não violam a Décima Quarta Emenda. Em suma, a Décima Quarta Emenda protege indivíduos contra o Estado, e não ações privadas.*

¹⁸⁸ - DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 399.

¹⁸⁹ - IN : FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 160.

*conhecer das causas da detenção e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa. 2. A prisão preventiva não se mantém sempre que possa ser substituída por caução ou por qualquer outra medida mais favorável prevista na lei. 3. A decisão judicial que ordene ou mantenha uma medida de privação da liberdade deve ser logo comunicada a parente ou pessoa da confiança do detido, por este indicados. 4. A prisão preventiva, antes e depois da formação da culpa, está sujeita aos prazos estabelecidos na lei.*¹⁹⁰

De se notar que o texto do art. 28, tal qual acontece no direito brasileiro, coloca a prisão preventiva como uma exceção, sendo a mesma, sempre que possível, substituída por medida mais favorável. Esse texto pode ser considerado um avanço dentro da Constituição portuguesa mesma, já que, advindo de Emenda, a LC 1/89, alterando texto anterior que trazia em si, não o termo *qualquer medida mais favorável*, mas *medida de liberdade provisória prevista na lei*.

Bem, a alteração em benefício do preso há que ser vista como medida de modernização, já que atua em benefício da dignidade humana. É de ser lembrado que, tudo o que for feito contra a prisão; toda forma alternativa a ser encontrada por um sistema, de forma a abolir ou, pelo menos, minimizar os efeitos da prisão, à luz de uma visão democrática e humanizadora do Direito, há de ser visto, sempre, como modernização do Direito.

Por sua vez, o artigo 29, da CRP, trata, no seus n.ºs 1 a 3, da anterioridade da lei; no n.º 4, da retroatividade da lei mais favorável; no n.º 5,

¹⁹⁰ - Por uma questão metodológica, há que ser explicado que, em relação à Constituição da República Portuguesa (bem como a algumas outras adiante comentadas), preferiu-se a transcrição dos artigos no corpo do texto (ao contrário do que se fez com a Constituição dos EUA), tendo em vista tratarem-se de textos mais enxutos, e sistematizados de forma a permitir uma melhor comparação, até mesmo visual, com a Constituição brasileira.

da proibição do julgamento duplo pelo mesmo crime e no nº 6, da revisão de sentença condenatória injusta e conseqüente indenização.

Vejam os textos dos artigos 29, da CRP: 1. *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.* 2. *O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos.* 3. *Não podem ser aplicadas penas ou medidas de segurança que não estejam expressamente cominadas em lei anterior.* 4. *Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respectivos pressupostos, aplicando-se retroactivamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido.* 5. *Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime.* 6. *Os cidadãos injustamente condenados têm direito, nas condições que a lei prescrever, à revisão de sentença e à indemnização pelos danos sofridos.*

Ainda em relação à CRP, seja lembrado que os artigos 30 e 31, trazem, respectivamente, os limites das penas e medidas de segurança e a garantia do *habeas corpus*, esta, sem maiores novidades em relação ao que conhecemos em nosso Direito, e aquela, por tratar-se de matéria mais atinente ao Direito Penal, fica, aqui, apenas na menção.

Por sua vez o art. 32, traz expressamente as *garantias de processo criminal*, assim enumeradas: 1. *O processo criminal assegurará todas as garantias de defesa.* 2. *Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.* 3. *O arguido tem direito a escolher*

defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que essa assistência é obrigatória.

4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos actos instrutórios que se não prendam directamente com os direitos fundamentais. 5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório. 6. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. 7. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior. 8. Nos processos por contra-ordenação são assegurados os direitos de audiência e defesa.

Portanto, extrai-se do artigo 32 da Constituição de Portugal, comparando-se ao conhecido no direito constitucional do processo penal brasileiro, no número 1, a ampla defesa; no 2, o estado de inocência e a imposição de celeridade nos julgamentos – o que se coloca, aqui, também, como garantia de acesso à justiça e pressuposto de respeito à dignidade humana; no 3, direito a defesa técnica; no 4, o juiz natural, com o acréscimo da indelegabilidade da função quando o julgamento tratar direitos fundamentais; no 5, o contraditório, bem como a garantia da estrutura acusatória do processo; no 6, a inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos – observar que, diferentemente do direito brasileiro, o português traz especificadas os meios de prova inadmissíveis; e no 7, algo como a proibição de tribunais de exceção.

Uma nota: no início do presente trabalho, foi comentado que também deveria fazer parte do direito constitucional do processo, a idéia de igualdade,

ou seja, o pressuposto de que os direitos fundamentais inerentes ao processo penal, não se exaurissem na mera segurança do cidadão contra o Estado, mas sim, como participação efetiva do Estado na segurança da implementação desses direitos e garantias. E isso, como já foi dito, também, pode ser conseguido com a participação ativa dos operadores do Direito quando da prática processual penal.

Assim é que, em comentário à CRP, GOMES CANOTILHO & MOREIRA, dão-nos o que aqui se empresta à guisa de um alegre fechamento para a singela menção deste trabalho à Constituição daquele país, e que, embora não tratando os autores diretamente do *procedural due process*, parece uma oportunidade teórica para reforço dos argumentos aqui expendidos: *os direitos fundamentais não são apenas um limite do Estado: são também uma tarefa do Estado. Ao Estado incumbe defendê-los e garanti-los. Não são apenas um dado a respeitar, são também uma incumbência a realizar (cfr. Art. 2º).*¹⁹¹

O que se pretende aqui, neste trabalho, é que essa visão seja estendida também à prática processual penal. Talvez, em Portugal, neste instante, haja operadores do Direito levantando a mesma bandeira, quem sabe, sob o fundamento da doutrina acima transcrita.

Quanto aos países de língua hispânica, pode-se citar o México, que traz, em seus artigos 20, 21 e 23, de extensa redação¹⁹², várias garantias de processo penal, com alguma semelhança ao que fora estudado até então.

¹⁹¹ - GOMES CANOTILHO, J.J. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 105.

¹⁹² - O art. 20, da Constituição Mexicana refere-se especificamente às garantias processuais, tais como a *libertad provisional*, inc. I; proibição de auto-condenação, bem como da incomunicabilidade do preso, inc. II; publicidade, inc. III; acareação, inc. IV; publicidade, inc. VI; julgamento em tempo razoável, quatro meses, inc. VII e outras. O art. 21 trata do juiz natural bem como da exclusividade do Ministério Público na persecução penal e outras providências. Já o art. 23 dispõe principalmente: *Ningún*

Cite-se ainda, e agora mais próximos, o direito argentino, cuja **Constituição da Nação Argentina**, de 22 de agosto de 1994, reformada em 10.01.95, traz, na Primeira Parte, Capítulo Primeiro: *Declaraciones, derechos y garantías*, especificamente em seu artigo 18, expressa a cláusula do devido processo, senão vejamos: “*Artículo 18. Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en que casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.*”¹⁹³

juicio criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. (...).

¹⁹³ - ARGENTINA. *Constitución de la nación argentina*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1995, p. 12. Sejam ressaltados, também, alguns corolários do devido processo, dispostos nos artigos 8º, 14 e 19 daquela Carta, tais como a igualdade, o direito de petição e o princípio da legalidade: “*Artículo 8º. Los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás. La extradición de los criminales es de obligación recíproca entre todas las provincias. (...) Artículo 14. Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender. (...) Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de*

Como se vê, a Constituição da Argentina, num só artigo, o 18, traz caracterizado o devido processo em disposições como a anterioridade da lei, a proibição de tribunais de exceção, o juiz natural, vedação a auto incriminação obrigatória, a proibição de prisão sem mandado escrito (embora não especifique se assinado por autoridade judiciária – traz apenas autoridade “competente” –, a proteção à defesa em juízo de qualquer pessoa, e outros aspectos...

Já a **Constituição Uruguaia**, de 1967, reformada em 1996, dispõe o devido processo e corolários de maneira diferente da anterior argentina, trazendo, inclusive, a disposição do devido processo de forma por assim dizer mais literal. Vejamos pois, na *Sécción II, DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS, CAPÍTULO I*:

*“Art. 12. Nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.”*¹⁹⁴

Porém, não é só. Nos artigos 7º e 8º, a Constituição Uruguaia traz o princípio da igualdade e da proteção legal; no artigo 10, o princípio da legalidade; no artigo 11, o resguardo do lar contra a prisão intentada no período noturno e a obrigatoriedade de ordem expressa (aqui, por escrito, nos casos previstos na lei, ou seja, fundamentada, e assinada por juiz competente) quando da prisão durante o dia; no artigo 15, a exceção da prisão em flagrante, apenas por ordem escrita do juiz competente; no artigo 17 a previsão do habeas corpus; no artigo 18, por sua vez, mais uma forma de previsão do

ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe. (Op. cit., p. 9-13)

¹⁹⁴ - URUGUAI. *Constitución de 1967, de la República Oriental del Uruguay*. 2. ed. Actualizada (1997), com las reformas de 1989, 1994 y 1996 y seguida de un repertorio temático. Montevideo: FCU, 1997, p. 3.

devido processo nas seguintes palavras: *Art. 18. Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios.*

Em resumo, para mencionar o devido processo e as garantias constitucionais do processo penal na Constituição do Uruguai, bem como um pouco da sua interpretação naquele país, basta uma transcrição de BIDART, célebre doutrinador uruguaio: *La orientación constitucional – y la de las Declaraciones Americanas y Universal – es clara en algunos sentidos principales. a) El principio acusatorio tiene que predominar en el proceso penal: vale decir, que no corresponde al juez la iniciativa; en éste, como en todos, se presentan pretensiones a ser resueltas a través del trámite y con la solución final que se establezca (a. 22) b) Se garantiza la igualdad de las partes, se elimina toda discriminación entre ellas (a. 20), se prohíbe el juicio criminal en rebeldía (a. 21) y la prisión indebida (a. 17). c) El proceso penal es legal y necesario (a. 12 y 15). d) Se da especial significación al tiempo procesal, fijando plazos breves para la primera declaración y para el comienzo de la instrucción (a. 16). e) Se da garantía especial para evitar la prisión indebida (habeas corpus, a. 17) f) “Quedan abolidas las pesquisas secretas” (publicidad, a. 22).*¹⁹⁵

Acrescente-se ainda o artigo 20, que desobriga a auto-acusação, o artigo 26, que trata da garantia de cárceres minimamente condizentes com a dignidade humana (se é que possa haver tal compatibilidade) e o direito de petição, estampado no artigo 30.

Ainda na esteira do direito comparado, faz-se mister a lembrança da **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que, em seus artigos

¹⁹⁵ - BIDART. Adolfo Gelsi. *Proceso penal: aproximacion a los fundamentos*. Montevideu: FCU, 1996, p. 34.

VIII, X e XI, traz o seguinte: **Artigo VIII** – *Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. (...) Artigo X* – *Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele. Artigo XI* – 1. *Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.* 2. *Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que no momento da prática era aplicável ao caso delituoso.*

Finalmente, não se pode esquecer do **Decreto N. 678, de 6 de novembro de 1992**, que promulga, no Brasil, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o **Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969**.

Esse Estatuto, traz vários dispositivos inerentes ao processo penal, elencando, v.g., no artigo 5º, item 2., o repúdio à tortura, e a imposição de tratamento digno aos presos; no item 4., a separação, na prisão, dos processados e dos já condenados; no item 5., o trato processual penal diferenciado aos menores, nos países e casos onde estes possam ser processados; no artigo 7º, item 2., a anterioridade da lei na privação da liberdade; item 3., proibição da detenção ou encarceramento arbitrários; item 4., informação ao detido das razões da detenção; 5., condução do detido, sem demora, à presença de um juiz e celeridade do julgamento; e, no **artigo 8º**,

finalmente, os corolários diretos do devido processo, os quais passa-se à transcrição:

“Art. 8º 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;*
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;*
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;*
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;*
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;*

- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;*
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada; e*
- h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.*

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

Destarte, como se pode observar, entre os direitos e garantias fundamentais relativos ao processo penal nas Constituições e Tratados Internacionais ora elencados, e, não resta dúvida, em todas as Constituições democráticas, temos como principais o direito à inviolabilidade do domicílio, correspondência e telecomunicações, o repúdio à tortura, entre outros, que dão azo à proibição de trazer ao processo provas obtidas por meios ilícitos; o princípio da legalidade e a anterioridade da lei no aspecto penal; a igualdade de todos os cidadãos ante o Direito, o que inclui a igualdade processual; a garantia da efetuação da prisão somente em estado de flagrância delitiva ou por mandado judicial fundamentado; o trato humanitário aos presos e condenados, a publicidade do julgamento, o direito de petição etc..

De uma forma ou de outra, tais normas, relacionadas ao Direito Processual Penal, repetindo aqui, idéia do Primeiro Capítulo, e, na linha de pensamento até aqui adotada, bem como nos dizeres de ROGÉRIO LAURIA

TUCCI, parafraseando João Mendes Júnior, fazem do processo penal um *complemento ou atualidade das garantias constitucionais*¹⁹⁶. Com efeito, apresentam-se todas como corolário do princípio do *due process of law* que tem se firmado no direito moderno como a mais ampla e abrangente forma de elencar, ainda que genericamente, todas as garantias, e que dá origem à **ampla defesa** e ao **contraditório**, como pressupostos do **acesso à justiça**, sem se esquecer, naturalmente, do **estado de inocência**¹⁹⁷ como componente básico de um processo penal democrático.¹⁹⁸

2.3. Corolários diretos do devido processo penal

Como já se teve a oportunidade de expor aqui, e é opinião pacífica na melhor doutrina nacional, as garantias constitucionais do processo penal e o *due process of law*, dizem respeito, primordialmente, à limitação do poder do Estado diante do acusado e à necessidade de o Estado atuar no sentido de fazer valer, na prática processual, tais garantias.

¹⁹⁶ - TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 2.

¹⁹⁷ - Ver: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1993, p. 43. Este princípio (estado de inocência), apesar de copiosamente propalado, tem, na sua prática, veemente crítica de Carlos J. Rubianes, lembrado por Mirabete, que afirma haver, na verdade, uma *presunção de culpabilidade ou de responsabilidade* em face da inobservância generalizada desse princípio. É que o “infeliz”, como sói acontecer (e verificamos isto na prática processual diária) já inicia o processo como culpado, tendo, a todo custo, que provar sua inocência, em vez de o contrário.

¹⁹⁸ - Tanto é verdade que, Nelson Nery Junior, em seu cit. *Princípios...*, chega a afirmar, à p. 27: *Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do due process of law para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies.*

Saliente-se, novamente, que, tais garantias devem prevalecer acima de todas as normas especificamente processuais, senão em face do princípio da supremacia da constituição que já é argumento suficiente, mas, também, pelo fato de que é no processo penal que se lida com bens maiores do ser humano: a vida e a liberdade, bens estes, alçados à esfera da indisponibilidade pela Constituição da República.

Notadamente no Brasil, onde a maior clientela do processo penal, ainda é, basicamente, dos menos possuídos, tem estes na Constituição a sua grande garantia, onde são trazidos os corolários diretos do devido processo legal (penal), substrato maior da prevalência dos direitos fundamentais.

FREDERICO MARQUES, tratando do processo penal na Constituição de 1967, já propunha o seguinte: *Três são, portanto, os princípios fundamentais que dimanam da vigente Constituição Federal no tocante à Justiça Penal: a) o princípio da tutela jurisdicional, b) o princípio do devido processo legal; c) o princípio do juiz natural.*

*O sistema acusatório, a bilateralidade do contraditório, a tutela imediata do direito de liberdade por meio de habeas corpus são decorrências daqueles postulados estruturais para mais realçar e garantir a força imperativa com que são consagrados por intermédio das normas constitucionais.*¹⁹⁹

Por sua vez e, segundo TUCCI, sob a ótica processual, o devido processo penal especifica-se nas seguintes garantias: *a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e)*

¹⁹⁹ - FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1980, p. 95.

*da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo; e, h) da legalidade da execução penal.*²⁰⁰

Destarte, especificando as garantias, a Carta Magna de 1988, traz em seu artigo 5º, incisos XXXVII, a proibição de tribunal de exceção; LIII, o juiz natural; LIV, o devido processo legal; LV, o contraditório e a ampla defesa; LVI, proibição de provas obtidas por meios ilícitos²⁰¹; LVII, o estado de inocência; LX, publicidade dos atos processuais; LXI, da prisão somente mediante mandado judicial fundamentado ou em flagrante delito e demais aspectos sobre a prisão nos incisos subseqüentes e ainda, no inciso LXXIV a previsão da assistência jurídica gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Não bastasse, resta lembrar ainda o parágrafo 2º, ainda do artigo 5º, que prevê: *os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.* Pelo texto, quaisquer princípios, ainda que tacitamente, atinentes à dignidade da pessoa humana, bem como os termos, por exemplo, do mencionado Pacto de São José da Costa Rica, aqui, respeitantes ao processo penal, ficam incluídos entre as garantias constitucionais, podendo e devendo ser invocados

²⁰⁰ - TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 70-71.

²⁰¹ - Ressalte-se que, se se quer garantir um cunho constitucional ao processo penal, deve-se admitir também que, prova obtida por meio ilícito, pelo acusado, no sentido de promover sua defesa, muita vez, pode ser considerada legítima defesa. É que, se a busca da verdade real não é absoluta, não admitindo provas ilícitas, deve ser lembrado que os direitos fundamentais também não são absolutos, à luz do princípio da proporcionalidade, que permite ao réu, sacrificar direito alheio em prol de sua defesa, de imediato. O contrário, ou seja, pela acusação, não se pode admitir em hipótese alguma. Para tanto, ver GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al., *As nulidades no processo*

sempre que o operador jurídico atento (e consciente) verificar a sua necessidade.

Todavia, mesmo bem delineada a vasta gama de garantias processuais na Constituição, e ainda, em que pese a classificação anterior de Tucci, mais abrangente, o mestre Frederico Marques, sem esquecer a supremacia da Constituição e os direitos fundamentais, propunha uma classificação mais estreita do ponto de vista teórico, mas não menos relevante e abrangente quando da aplicação constitucional dos princípios processuais.

Parece, porém, que, abordando a ampla defesa e o contraditório, como corolários diretos do devido processo penal, fica difícil esquecer-se das demais garantias, que, sem dúvida, quando não atinentes especificamente ao devido processo, são complementos necessários à concretização das primeiras.

É óbvio que ambas as classificações aventadas, mormente o estudo específico das garantias constitucionais do processo penal empreendido por Tucci, exaurem a matéria. Entretanto, o presente trabalho, partindo da abrangência mesma das garantias da ampla defesa e contraditório, entendendo-as como principais corolários do devido processo²⁰², pois envolventes das demais, opta aqui por um traçado geral destas garantias, para depois, fechar com alguns aspectos críticos sobre elas incidentes.

Com efeito, importante tratar especialmente das duas principais garantias corolários do devido processo legal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa, o que se fará a seguir, num mesmo tópico, pelo fato de serem garantias complementares e, muitas vezes, até confundíveis entre si.

penal, 3. ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 109-122, onde se trata cuidadosamente do tema.

²⁰² - Segue-se, de certa forma, com esse raciocínio, a linha apresentada por Nery Junior, cf. nota 52.

2.3.1. ampla defesa e contraditório

Na linha aqui adotada, não seria possível se pensar num processo penal devidamente fundado na Constituição se este prescindisse da ampla defesa, bem como, da bilateralidade da audiência ou contraditório.

Sendo imputada ao cidadão a prática de determinado delito, e, ponderando-se que o mesmo não poderá ser considerado culpado até sentença condenatória transitada em julgado, não se poderia admitir que tal sentença caísse dos céus, sem uma discussão anterior, ampla, paritária e justa, em igualdade de condições, garantida pelos preceitos da Lei Maior.

Está plasmado em nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso LV, que: *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Vê-se aí estabelecida a necessidade da dialética processual. Uma vez acusado, o cidadão tem o direito constitucional de participar efetivamente de todos os atos do processo do qual é parte, podendo responder nos devidos termos (contraditório), mediante defesa técnica (constituída ou nomeada, e aqui, deve-se alertar para todos os problemas enfrentados pelos defensores públicos, o que será comentado no próximo tópico deste trabalho), produzir prova, ser informado de todos os atos inerentes ao processo e recorrer, em caso de sucumbência (seja total ou parcial), às instâncias superiores (o duplo grau de jurisdição).

Segundo TUCCI: *Realmente, ninguém pode ser privado da liberdade ou de seus bens, sem que se lhe propicie a produção de **ampla defesa** (**nemo inauditus damnari potest**), e, por via de consequência, esta só poderá efetivar-se em sua plenitude com o estabelecimento da **participação ativa e***

*contraditória dos sujeitos parciais em todos os atos e termos do processo. E, em continuação, o eminente processualista aponta os elementos a ela inerentes: ... a concepção moderna do denominado **rechtliches Gehör**, isto é, da **garantia de ampla defesa**, seja qual for a natureza do objeto do processo, compreende: a) o direito de ser informado; b) a bilateralidade da audiência (contraditoriedade); e c) o direito à prova legitimamente obtida ou produzida.*²⁰³

Como se observou, o *devido processo legal* abarca as demais garantias, dentre elas a *ampla defesa*. Esta, por sua vez, encampa também, entre outras, o *contraditório*. É por isso que se fala em dialética do processo, aqui, referindo-se propriamente às garantias, pois é de ser lembrado que não se trata de uma ordem hierárquica do ponto de vista das garantias constitucionais, mas sim (pelo menos aqui), de uma relação de interdependência mútua, e indisponibilidade de qualquer uma ou todas, desde que, tendo-se em vista sempre a dignidade da pessoa humana submetida a julgamento, antes e conjuntamente à condição de acusado.

Essa relação dialética se verifica (ou deve ser verificada) na prática processual, cabendo ao julgador a tarefa de direcionar seus caminhos (o que será tratado no Terceiro Capítulo), fazendo-se respeitar as garantias, bem como, respeitando-as por si, na qualidade mesma de juiz da causa. Só assim, o *actum trium personarum* será digno dessa designação, onde o julgador não é parte superior no processo, eis que, se tem em suas mãos o poder de decidir, de mandar (inerentes à jurisdição, não à pessoa do juiz) está submetido, ele também, e principalmente ele, aos limites impostos pela Constituição. O

²⁰³ - TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 60-61.

triângulo, então, é visto não verticalmente²⁰⁴, mas num plano horizontal, como que um véu estendido sobre a superfície da justiça.

CHIOVENDA, tratando do processo civil, e da relação jurídica processual, afirma que *Antes que se possa julgar um pedido de atuação da lei, há que examiná-lo; isso produz um estado de pendência, no qual se ignora se o pedido é fundado ou não, mas se envida o necessário para sabê-lo.*²⁰⁵

Embora plausível o ensinamento do mestre italiano, no processo penal — como já se teve a oportunidade de mencionar neste trabalho —, o dito *estado de pendência* vai além de envidar-se o necessário para conhecer do fundamento do pedido, quando não até, limita-se a verdade e subjuga-se o fundamento mesmo do pedido, tudo em prol da dignidade da pessoa humana submetida a julgamento.

Porque o objetivo do processo penal (voltemos a ele) não é saber da verdade, tampouco resolver uma lide, mas sim, garantir ao denunciado a oportunidade de julgamento dentro dos limites estabelecidos para os direitos fundamentais.

A verdade buscada, deixa de ser verdade para ser uma oportunidade de busca da verdade, e, o que no processo civil caracterizaria uma lide, no processo penal passa a ser um escudo do indivíduo que, não necessitando jamais ser transposto de dentro para fora, necessitará sempre para ensejar uma

²⁰⁴ - Frederico Marques chega a afirmar em certo momento de seu *Tratado*, (cit., p. 85), que, instaurado o processo, põem-se *autor e réu em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão da jurisdição, o juiz penal*, opinião da qual, neste trabalho, não se compartilha.

²⁰⁵ - CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1., 1969, p. 55.

condenação (concluindo que o pedido é fundado) seja transposto de fora para dentro.

Isso tira a condição da paridade de armas? Entende-se que não, já que, pela própria característica acusatória do processo penal, e da condição de parte(?)²⁰⁶ acusadora residir num órgão do Estado, com todos os instrumentos do poder ao seu alcance, o processo penal só pode alcançar o pressuposto da paridade de armas se se permitir ao acusado essa vantagem.

Se os aspectos de ordem ética não fossem suficientes para se revestir o cidadão-acusado, de todas as garantias inerentes à ampla defesa e contraditório, passando pelo estado de inocência, a própria natureza acusatória do processo penal e investidura estatal do órgão acusador o são.

Esse ponto, o da função do processo penal, tem sido repisado com certa frequência neste trabalho, pelo simples motivo de que o mesmo é muitas vezes confundido, ainda que implicitamente, em vários textos, como já se teve oportunidade de demonstrar.

Não obstante, é necessária a insistência para que ao final, um dos objetivos deste trabalho, que, pretensiosamente (ou não?), é desacomodar os operadores do Direito desta visão tecnicista, e conseqüentemente cruel, do processo penal, visão que fatalmente, queiram ou não, o desvincula do viés constitucional.

Cite-se outro exemplo. FERREIRA FILHO, em certo momento, aborda a ampla defesa da seguinte forma: *o princípio do contraditório traz em si um*

²⁰⁶ - Um dos pontos importantes de discussão no Terceiro Capítulo deste trabalho é justamente a condição “parte ou fiscal da lei” em que se encontra e em que se deve encontrar o Ministério Público no decorrer do processo penal.

*dos aspectos da ampla defesa – livre debate e livre produção de provas. O texto, porém, volta à ampla defesa porque o direito de defesa é imprescindível para a segurança individual. É um dos meios essenciais para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado.*²⁰⁷

Longe de querer desmerecer a lição do eminente constitucionalista, cuja contribuição ao direito constitucional pátrio é inegável, parece que há aqui uma confusão inerente à função do processo penal.

Primeiro, como se tem insistido neste trabalho, o direito à defesa não é só imprescindível à segurança individual, mas à sociedade como um todo. Se o direito à defesa protege momentaneamente cada indivíduo submetido a julgamento, mediatamente está protegendo todos os membros da sociedade, por certo, passíveis de responder a processo penal a qualquer momento por qualquer fato tipificado como crime. E esse esclarecimento é necessário para se tirar a visão individualista perceptível nos incessantes e inflamados discursos-arentes contra a impunidade veiculados pela mídia, cujos individualismo, imediatismo e “bom-mocismo” escondem um verdadeiro discurso subliminar, de alto teor discriminatório, o que já se comentou no capítulo anterior.

Em segundo lugar, do ponto de vista do processo penal constitucional, é insuficiente dizer-se que o direito de defesa é um dos meios essenciais *para que cada um possa fazer valer sua inocência quando injustamente acusado*.

²⁰⁷ - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66-7.

Em outras palavras, significaria dizer que àquele que é “justamente acusado”, o “potencial culpado” (lembrem-se do estado de inocência...), o acusado flagrado e confesso, a este o direito à defesa é criação inútil? Não. Já que o próprio conceito de justiça traz em si um teor subjetivo imenso, o direito à defesa daquele que se confessa culpado situa-se na esfera do pleito de pena mais branda, de explicação dos motivos do ato e até do pedido de perdão judicial, instituto previsto em nosso Direito, além do mais, até mesmo o confesso pode vir a ser absolvido em caso de isolamento de sua confissão no contexto probatório, o que é pacífico.

Tudo isso, sem contar ainda a amplitude deste direito de defesa, encampada no princípio maior do devido processo, que diz respeito ao tratamento condigno que até mesmo um “réu confesso, de crime ‘hediondo’” merece durante o curso do processo.

Portanto, o direito à defesa não é uma prerrogativa só dos injustamente acusados, tampouco fora criado exclusivamente para eles, até porque, durante o curso do processo, à luz do princípio estampado no artigo 5º, LVII (estado de inocência), não se pode auferir, ainda, quem é “justamente acusado”, e, se forem lembrados os erros judiciários já cometidos, alguns tornando-se até clássicos, mais difícil fica tal aferição.

Voltando-se aos conceitos, FREDERICO MARQUES, em seu *Tratado...*, traz, em generoso tópico, alguns aspectos cuja retomada se julga importante neste momento. Inicialmente, define o mestre: *Defesa é o direito que tem o réu ou acusado de opor-se à pretensão do autor (público ou privado), no curso do processo instaurado por este. E como o processo tem um duplo conteúdo – um processual e outro de mérito (...) – distinguem-se duas formas de defesa: a defesa processual e a defesa de mérito. Com a*

*primeira, o acusado procurará mostrar, quando isto couber, que é inadmissível a prestação jurisdicional pedida, por falta de algum pressuposto processual, condição da ação ou de procedibilidade; e com a segunda tentará demonstrar que inexistente o direito de punir, ou que a acusação, no todo ou em parte, é improcedente.*²⁰⁸

Nessa linha, o autor citado coloca ponto importante, já que, se a relação processual se instaura com a citação, chamando ao processo o denunciado, dando-lhe o direito de responder aos termos argüidos na denúncia, tem-se aí, dois pólos de tutela jurisdicional da qual se pretende a obtenção. Se o Estado acusador pede a tutela jurisdicional no sentido de exercer o *jus puniendi*, após deduzidos em juízo os fundamentos de sua pretensão, o Denunciado pede, também, a tutela jurisdicional no sentido de preservar o *status libertatis* por hora atacado pela Acusação.²⁰⁹

De se observar, também, que esse “estado de liberdade” do acusado tem, garantido na ampla defesa, não só o aspecto referente ao mérito causal, mas o aspecto técnico, quanto às condições e pressupostos do processo mesmo, enquanto instrumento técnico.

Daí que, indispensável ao respeito à garantia da ampla defesa, a necessidade de o Denunciado ser assistido por advogado, ou seja, profissional habilitado e suficientemente competente para analisar todos os aspectos, técnicos e meritórios, sem o qual o processo é nulo (v. artigos 263, e 564, III, “c”, do Código de Processo Penal, bem como o inciso LXIII, do artigo 5º, CF/88)²¹⁰.

²⁰⁸ - FREDERICO MARQUES, José. *Tratado...*, p. 102-3.

²⁰⁹ - Idem.

²¹⁰ - **Artigo 263, do CPP.**: *se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si*

Nesse sentido, a lição de BUENO FILHO, que deixa claro ter pautado a sua obra na linha da efetivação do direito constitucional de defesa, visando, sempre, o fato de que o direito à defesa deve deixar de ser mera formalidade escrita para, em suas palavras, assumir “arés de realidade”: *Deveras, não basta ao litigante tomar conhecimento dos fatos e provas contidas na acusação para ficar apto a defender-se. É necessário que, sabendo dos fatos a ele atribuídos, tome, também, ciência das implicações e reflexos desses fatos no mundo jurídico. E esta orientação só pode ser dada por quem se encontre tecnicamente preparado para tanto, ou seja, por quem haja obtido formação jurídica no curso de direito e ostente a condição de advogado.*²¹¹

A Lei Maior se faz presente, ainda, insistindo na atuação técnica, agora, numa linha de **acesso à Justiça**, mas sem sair da importância daquela atuação profissional em defesa dos direitos do acusado, quando prevê, em seu artigo 134: *A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.*

Daí que, continua FREDERICO MARQUES: *Mas, tal como sucede, no tocante ao autor, com o direito de ação, promanam para o réu e acusado, do direito de defesa, direitos subjetivos processuais, que vão sendo exercidos por ele, à medida que caminha o processo, para reagir o acusado contra o acusador, não só contestando os fundamentos e objetivo da pretensão punitiva, como também praticando atos processuais destinados a provar suas*

mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Artigo 564, III, do CPP.: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 (vinte e um) anos;

²¹¹ - BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49.

*alegações e a impedir medidas injustas que o possam atingir.*²¹² O autor não esquece, ainda, da importância do legislador na efetivação da garantia da ampla defesa, e isto, pode-se acrescentar aqui, tem relação direta com o *substantive due process* (v. item 2.2.1.), já que o legislador não pode, através da feitura da lei, interferir criando, modificando ou reduzindo as *formas ou procedimentos de modo a privar as partes ou o acusado da possibilidade de uma eficaz e válida tutela processual, usando, para isso, dos meios previstos no ordenamento jurídico em geral.*²¹³

Por outro lado, a forma acusatória do processo, citada por Frederico Marques em análise à Constituição de 1967, está caracterizada na Constituição de 1988, no artigo 5º, em vários momentos, no que garante ao denunciado a certeza de que não haverá juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII), de que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente (inciso LIII), tudo sem falar no devido processo mesmo com a ampla defesa e o contraditório (incisos LIV e LV). Isto quer significar que somente através do processo acusatório, com todos os seus elementos e, previsto com presidência do juiz natural, investido na forma da lei, só assim poderá alguém ser processado, julgado e eventualmente condenado.

Destarte, fica fora de questão o aproveitamento de provas obtidas apenas no inquérito policial, sem a participação efetiva do acusado (lá, imputado) no sentido da contradita mediante todos os recursos inerentes à produção sua defesa. Ademais, fica implícita a obrigação do Estado de estruturar de forma suficiente a Justiça Penal para o desenrolar do processo penal sem o ferimento dos direitos e garantias fundamentais do acusado.

²¹² - FREDERICO MARQUES, José. Op. cit., p. 103.

²¹³ - CERRETI, Carlo. *Diritto costituzionale italiano*, 1966, p. 367, *apud* FREDERICO MARQUES, José. *Tratado...*, p. 103, nota 24.

Outro aspecto lembrado por Frederico Marques diz respeito à publicidade do julgamento. Aqui, acrescente-se o seguinte. Inerente à ampla defesa está o artigo 92, IX, da Constituição de 1988. Prevê o texto constitucional: *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados casos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*; Veja-se bem, aqui se completa a garantia implícita da estrutura acusatória do processo, já que, além do juiz natural, da obrigatoriedade de defesa técnica, o acusado tem garantido que o processo será público, evitando-se todas as conseqüências que o sigilo no processo penal poderia causar, a lembrar os tempos do Santo Ofício, bem como a obrigatoriedade da fundamentação da decisão, o que vincula o *decisum* às demais exigências, tornando a transparência processual e conseqüente dignidade e integridade do Acusado constitucionalmente protegidas, até porque, conhecidos e apreciados todos os recursos inerentes à sua defesa.

Quanto à exigência do contraditório ou da bilateralidade da audiência, poder-se-ia tê-la simplesmente como um complemento inerente à ampla defesa, já que, se o devido processo pressupõe a possibilidade de o denunciado utilizar-se de todos os recursos inerentes à participação de seus argumentos e meios no sentido de expor seus motivos, contrapor-se à acusação e/ou justificar seus atos, tais recursos carecem, necessariamente, de que o acusado seja informado de todos os argumentos contrários, todos os atos do processo e todas as provas contra si eventualmente produzidas.

Assim, para que a amplitude de defesa seja alcançada, necessário se faz possibilitar ao acusado rebater os argumentos da outra parte. Nesse sentido,

fica a bilateralidade da audiência intimamente relacionada com a busca da justiça, que é inerente a todos os partícipes do processo, mas, que permite ao acusado o propalado acesso à Justiça, na medida em que, só se lhe abrem as portas da discussão, se lhe estiver possibilitado o conhecimento do oposto e a possibilidade de oposição dialógica no curso do processo.

Funda-se o contraditório no argumento já mencionado da *paridade de armas*, onde, no processo penal, com as devidas compensações, as partes devem por-se de igual para igual, permitindo-se a ambas, os mesmos meios e recursos à defesa de sua tese. É fato que, se os pesos utilizados na balança nem sempre têm o mesmo formato, para que se alcance o equilíbrio é preciso que se lhes confira o mesmo valor.

Nesse sentido, TUCCI & TUCCI, lembrando a lição de Alcides de Mendonça Lima, trazem o seguinte: *o processo, “em qualquer de seus ramos, está sob a égide, dentre outros, do ‘princípio do contraditório’. Impossível conceber-se um processo unilateral, agindo somente uma parte, pretendendo obter vantagem em relação ao adversário, sem que esse seja ouvido, ou, pelo menos, sem que se lhe dê oportunidade de manifestar-se. Se não o fizer, o réu sofrerá, então, os ônus de sua inércia ou impassibilidade, situação que lhe poderá ser fatal, embora não obrigatoriamente, como resultado inevitável. Mas o ‘princípio do contraditório’ não se manifesta apenas no ato inicial da citação, que é o chamamento a juízo do réu, como a garantia básica e imprescindível para o ‘devido processo’. No próprio Paraíso, Jeová não puniu Adão pelo ‘pecado original’, sem antes apregoar: “Adão, onde estás?”. E, no Evangelho de São João, adverte-se: ‘Nemo inauditus debet damnari’ (ninguém deve ser condenado sem ser ouvido). No desenvolvimento do processo, a qualquer pedido ou pronunciamento de uma parte se segue, em regra, a intimação da outra para ‘falar’ (...). Não é essencial a manifestação:*

basta que seja oferecido o ensejo de fazê-lo. ”.²¹⁴ Importante lembrar (como já o fora no item imediatamente anterior) que, no processo penal, nos termos do artigo 263 do CPP, é imprescindível a participação de advogado, ainda que nomeado, no caso de revelia. Não obstante, fica clara a necessidade da concessão de oportunidade ao acusado para que possa rebater os termos da contraparte, sem o que o processo caminha irregularmente.

Assim, no processo penal, ainda que o denunciado, não venha pessoalmente submeter-se a interrogatório, utilizando da palavra para esclarecer *de per si* os fatos que lhe são imputados, ao menos deverá ter advogado no processo (constituído ou nomeado) para garantir o bom andamento do mesmo, na esteira da legalidade.

Funda-se então, o contraditório, no conhecimento das partes de tudo o que se passa no processo, bem como, na possibilidade de sobre esse todo opinar, respeitados (quando necessário for) os momentos processuais, os prazos e a ordem consecutiva legal.

Assim é que, em FREDERICO MARQUES, encontra-se o seguinte: *O princípio do contraditório – diz ROBERT WYNESS MILLAR – é inerente a toda a administração da justiça quando bem organizada, e encontra sua expressão na parêmia romana audiatur et altera pars, visto que o juiz deve ouvir as ambas as partes para poder decidir e julgar. (...) O contraditório que, como foi visto (...), é princípio do processo[*]*²¹⁵, torna, por isso, de todo

²¹⁴ - Vide: TUCCI, Rogério Lauria & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 65-66.

²¹⁵ - [*] faça-se a ressalva, aqui, que, na forma do art. 5º, LV, da CF/88, o contraditório está alçado no direito brasileiro hodierno, a **princípio constitucional do processo**, corolário direto do devido processo legal.

*inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o curso da relação processual, por meio de remédios legais, a defesa de seus interesses e direitos, a fim de convencer o juiz, com pedidos, provas, ou alegações, de que a solução da lide, ou de algum incidente do procedimento, lhe deve ser favorável. Para isso, cumpre que se lhe faculte no fazer provas, tomar ciência das alegações de seu adversário e das provas que também este produzir, ou pretenda produzir.*²¹⁶

Por sua vez, DIAS, em exaustivo estudo processual do contraditório que chama de *direito de audiência*, seus fundamentos e conseqüências das várias posições conceituais, acaba por concordar com a sua fundamentação no princípio da justiça, senão vejamos: O “*direito à concessão de justiça*” ou “*pretensão à concessão de tutela jurídica*” é só a contraface daquele “*monopólio estadual da função jurisdicional*” que várias vezes mencionámos já, e ele conduz, em verdade, à consideração processual das pessoas, não como objectos das decisões judiciais, mas como participantes da própria criação destas. O que, por sua vez, significa que a administração da justiça pelos tribunais não se relaciona apenas (como durante muito tempo se pensou) com a proteção de situações jurídicas substantivas, mas também e directamente com a da posição processual daqueles que sejam afectados pela decisão; e disto mesmo é expressão o *direito de audiência*.²¹⁷

Outro aspecto lembrado pelo eminente professor português, e que, pela linha aqui adotada poderia ser gerada uma confusão, é no tocante à abrangência do contraditório. É que, do que foi até aqui mencionado, pode parecer que o contraditório atinge apenas o acusado, eis que enfatizado por

²¹⁶ - FREDERICO MARQUES, José. Op. cit., p. 100-1.

²¹⁷ - DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1º. volume, Coimbra: Coimbra, 1984, p. 155-6.

diversas vezes a necessidade que o acusado tem de conhecer todos os termos do processo, as provas contra si produzidas, os argumentos da acusação, etc.

Justifica-se essa confusão porque o presente trabalho é realmente elaborado sob o viés do acusado. Mais, é elaborado sob a ótica do cidadão posto em julgamento por iniciativa e contra os argumentos do Estado-Acusador, para ser julgado pelo Estado-Juiz. E, como foi bem frisado, o processo penal tende a beneficiar o acusado, porque existe para ele, daí então pode vir a confusão.

Mas, para que fique bem clara a extensão do contraditório (confirmando a opinião expressa neste trabalho em relação à função do processo e da busca da verdade, além de dizer do contraditório mesmo), e, a despeito da extensão do texto a seguir, imprescindível que nos socorramos novamente das palavras de DIAS: ... *a atual compreensão do processo penal, à luz das concepções do Homem, do Direito e do Estado que nos regem, implica que a declaração do direito do caso penal concreto não seja apenas tarefa do juiz ou do tribunal (concepção “carismática” do processo), mas tenha de ser tarefa de todos os que participam no processo (concepção “democrática” do processo) e se encontrem em situação de influir naquela declaração do direito, de acordo com a posição e função processuais que cada um assumam. (...) Agora se compreenderá porque não basta apelar para a função processual da máxima audiatur et altera pars (princípio do contraditório), para a exigência de descoberta da verdade material, ou mesmo para a indispensabilidade de um íntegro direito de defesa, para que do mesmo passo que se alcance o fundamento e sentido do princípio da audiência. O que, mesmo no fundo deste, está em causa é nada menos que a relação entre a Pessoa e o Direito, mais particularmente, a relação entre a pessoa e o “seu” direito. O direito de*

*audiência é a expressão necessária do direito do cidadão à concessão de justiça, das exigências comunitárias inscritas no Estado-de-direito, da essência do Direito como tarefa do homem e, finalmente, do espírito do Processo como “com-participação” de todos os interessados na criação da decisão.*²¹⁸

E continua o mestre, demonstrando a extensão necessária do contraditório: *Legitimado ao seu exercício, na verdade, não deverá estar só o arguido, mas todo aquele participante do processo (seja qual for a veste em que intervenha) relativamente ao qual deva o juiz tomar qualquer decisão que pessoalmente o afecte: e daí que sejam titulares possíveis deste direito no processo penal, além do arguido, v.g. o M.P., o defensor, o assistente, as testemunhas, os peritos. Pois só quando o direito de audiência couber a todos os participantes processuais que possam ser juridicamente afectados, na esfera dos seus direitos – de qualquer um dos seus direitos, com compreensível e especial relevo para os “direitos da personalidade” --, por uma decisão a tomar em juízo, estará assegurada às pessoas a sua participação constitutiva na declaração do direito do caso e, através dela, na conformação da sua situação jurídica futura.*²¹⁹

Fica portanto, em breves linhas, situado o contraditório no processo penal, como garantia inerente ao princípio da justiça, como elemento de aferição da igualdade processual, do acesso ao órgão jurisdicional e, conseqüentemente, de complementação da garantia da ampla defesa, sem a qual, não há se falar em devido processo penal.

²¹⁸ - Idem, p. 157-8.

²¹⁹ - Idem, p. 158-9.

2.3.2. Aspectos da ampla defesa e contraditório na prática processual penal

Até este momento, o presente trabalho tentou apresentar aspectos deontológicos do devido processo, especialmente no que tange à relação do processo penal e a Constituição da República, e suas implicações sob o viés da ampla defesa e do contraditório como garantias constitucionais impostas pela Carta Magna, para a realização de um processo regular e justo.

Resta saber como têm sido interpretadas e “se” têm sido fielmente observadas tais garantias, isto na prática processual penal, para onde todas as teorias até então aventadas devem (ou deveriam) necessariamente desembocar.

Considerando-se o propósito sob o qual se idealizou este trabalho, cuja delimitação calca-se em pontos específicos do devido processo penal, bem como, cujo fim último é analisar aspectos comportamentais que influenciam determinadas condutas antidemocráticas no processo (lembrar do **comodismo crônico** e do **automatismo jurídico**, mencionados no Capítulo I, v. nota 12), seria muita pretensão querer exaurir os aspectos práticos do processo penal passíveis de questionamento, modificação ou até aval doutrinário do estudioso do Direito.

Ademais, seja ressaltado outra vez, que este trabalho trata-se de uma visão constitucional, voltada para certos aspectos aplicativos deste ramo do Direito sobre o processo penal. Exaurir, portanto, o tema, é tarefa cabível a um trabalho específico do ramo processual penal, tarefa para a qual, aqui, dentro dos limites propostos, se pretende contribuir.

Não obstante, serão relacionados aqui, em **caráter meramente exemplificativo**, alguns aspectos que têm merecido atenção na prática constitucional do processo penal, bem como algumas observações atinentes à legislação processual penal à luz da Constituição de 1988, especialmente em

relação ao contraditório e à ampla defesa. Assim, elencar-se-á exemplos jurisprudenciais inerentes à imprescindibilidade da defesa técnica, por vezes, inobservada nas instâncias iniciais, bem como a defesa técnica nos procedimentos da Lei 9.099/95 (os juizados especiais criminais), com destaque para a suspensão condicional do processo e sua característica de pena antecipada, violadora do *estado de inocência* (que aqui se considera corolário da ampla defesa); aspectos atinentes aos recursos e o direito à defesa; à regressão de regime de cumprimento de pena, muitas vezes determinada sem o devido respeito à ampla defesa e contraditório;

Optou-se, também, por colocar num tópico especial, denominado **outros aspectos**, alguns julgados atinentes à produção de prova, especificamente no que tange à escuta telefônica e seu caráter (em casos especiais) de legítima defesa — tema que mereceu trabalho específico da Professora Ada Pellegrini Grinover, citado aqui —, tudo, como já mencionado, com o propósito meramente exemplificativo, remetendo o leitor, para uma pesquisa aprofundada, à bibliografia específica. Neste mesmo tópico (*outros aspectos*) discute-se aspectos inerentes ao interrogatório como meio de defesa, bem como, e finalmente, aspectos concernentes à sentença e sua fundamentação como requisito básico do contraditório e ampla defesa.

É importante que seja lembrado que, não se procurou pesquisar a jurisprudência de um ponto de vista quantitativo, arrolando exemplos que vêm se arrastando há anos no Direito pátrio. Ao contrário, pesquisou-se julgados dos últimos dois anos, que, a despeito do reduzido número arrolado (mesmo porque, foi o que se encontrou de mais importante e pertinente, eliminando redundâncias desnecessárias), demonstram a existência, ainda hoje, de decisões oriundas de pensamentos reacionários e incondizentes com a prática constitucional atual.

Adianta-se porém que, do que se pode observar, existe uma tendência bastante democrática nas decisões dos Tribunais Superiores, o que, se por um lado gera um otimismo quanto à aplicação irrestrita da Constituição no processo penal, gera por outro, uma preocupação quanto a esta aplicação pelos operadores do Direito (e a referência, aqui, vai, tanto para o Judiciário quanto para o Ministério Público e também advogados) na esfera inicial do processo, já que, considerando-se os temas debatidos no STF e STJ, e comparando-os aos recursos improvidos do M.P., bem como, aos tantos *habeas corpus* conhecidos e providos, resta a dedução de que, no início do processo, na esfera inicial, está ainda existindo uma tendência quando não antidemocrática, no mínimo tímida quanto à aplicação irrestrita dos preceitos constitucionais do processo penal, o que tem gerado prejuízo mormente para os acusados de nível econômico inferior, dos quais nem todos têm condições de lutar até a última instância.

Não se quer com isso questionar a independência do juiz de primeiro grau, elemento aliás, indispensável para a consecução de uma decisão justa. Se essa independência é pressuposto básico para uma Justiça democrática, a mesma deve ser utilizada para que a democracia se estenda também a todos os partícipes do processo.

É o caso, portanto, não de questionamento (que fique bem claro!) de tal independência, mas de alertar o julgador, mormente o de primeiro grau, no sentido de o mesmo repensar alguns pontos e reavaliar alguns aspectos práticos à luz da Constituição da República e todas as suas implicações não só em relação ao acusado “x”, mas a toda sociedade, cujos membros, todos eles, são passíveis de ser colocados naquela posição de acusado.

Não se trata de beneficiar o acusado pura e simplesmente, reconhecendo seus direitos constitucionais, mas fazê-lo justamente porque a Constituição

assim o quer. Beneficiá-lo, no mais das vezes, é atender à Lei Maior, aos direitos fundamentais, estatuto essencial da dignidade social do ser humano. Esse pensamento, seja também lembrado, já tem sido amplamente adotado por juizes e promotores de justiça de primeiro grau (e é por isso que a jurisprudência deve ser “garimpada”, não havendo tantos casos). Resta porém lutar para que continue atingindo o máximo possível de operadores do Direito, e principalmente, que sirva como pauta, desde já, para todos aqueles que se iniciam nas carreiras jurídicas.

Se *habeas corpus* e Recursos de *habeas corpus* têm sido providos pelas Cortes Maiores, se recursos do M.P., têm sido improvidos, se sentenças têm sido anuladas, quantos não são os casos em que acusados (repete-se, principalmente os mais pobres) inconformados nas suas consciências, têm sido obrigados a conformarem-se no processo, ante a impossibilidade financeira (ou, ante advogados acomodados, em vista de preços baixos cobrados de acusados pobres) de continuar recorrendo.

Ademais, muitos dos acusados pobres são defendidos por advogados públicos, que, sem deixar de ressaltar o grande serviço que é prestado por essa defensoria, deve-se lembrar também as pilhas de processos que lhes são entregues diariamente (muitas vezes para Alegações, o ponto culminante dos debates), o que implica diretamente na qualidade do trabalho, independentemente da competência do profissional²²⁰. E por que lhes são distribuídos tantos processos? Justamente porque a grande massa de

²²⁰ - Deve ser lembrado que a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais diminuiu o problema, sem resolvê-lo, até porque, os crimes rotulados como “mais graves” (fora do âmbito daquela Lei), abrangem, ainda, os acusados de baixo nível financeiro.

denunciados é constituída de pessoas de baixa renda, os mais atingidos pela rotulação das leis penais²²¹.

Não obstante, alguns exemplos que têm sido dados pelos Tribunais Superiores podem, e têm, aos poucos, levado os operadores do Direito a “modernizar”²²² seu pensamento quanto à aplicação constitucional do processo penal.

2.3.2.1. Contraditório: a imprescindibilidade de defesa técnica

Ponto que merece um destaque inicial, é o entendimento dos tribunais no que tange à imprescindibilidade da defesa técnica, independentemente da manifestação do acusado. É que, muitas vezes, o acusado, sem ter conhecimento técnico do processo, pode acabar por desistir de recurso, aceitar proposta de suspensão do processo, e outros atos que, por sua ignorância processual podem recair em seu prejuízo. A julgar pelo *comodismo crônico*, seria fácil aceitar uma desistência exclusiva do acusado, sem intimação do seu advogado, sob o argumento da economia processual. Não é assim que têm entendido nossos tribunais.

RECURSO ESPECIAL N.º 139.986 – DF²²³

²²¹ - Volte-se à aludida pesquisa feita por Julita Lemgruber (V. Capítulo I, nota n.º 12).

²²² - O termo “modernizar” aqui, é colocado entre aspas para querer significar que a tendência à democratização, ao igualitarismo, à justiça para todos, a considerar nosso passado ditatorial, bem como, a tradição meramente retributiva (a todo custo) do direito, qualquer tendência que contrarie esse ranço antidemocrático, deve ser considerada moderna.

²²³ - Por uma questão metodológica, e, para que haja o destaque necessário à jurisprudência, que, aqui, se pretende distinguir das citações comuns durante o trabalho, utilizou-se de uma disposição diferente no texto, tudo em benefício do leitor. Esta técnica é permitida, conforme o ensinamento de LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985, p. 155, no seguinte sentido: *Não existe regra geral que determine o local da citação nem o modo como deve ser*

Rei.: Min. Vicente Leal

EMENTA – Constitucional. Processual penal. Sentença condenatória. Recurso. Renúncia.

- A melhor doutrina proclama o entendimento de que em matéria penal o direito do condenado recorrer é irrenunciável, em face da magnitude do direito de defesa, de assento constitucional.

- Interposto recurso contra sentença condenatória, o réu poderá, em tese, dele desistir, desde que validamente representado pelo advogado que elaborou sua defesa ao longo da ação penal, sendo desprovido de validade a desistência manifestada pessoalmente pelo réu, já recolhido à prisão.

(STJ/DJU de 11/5/98, p. 164)²²⁴

Nota-se, aqui, uma dupla função desse entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça: por um lado, valoriza a função do defensor enquanto cobra, ao mesmo tempo, um zelo maior para com o trato do processo penal em que este atua; de outra banda, faz com que a ampla defesa fique assegurada na opinião técnica do profissional, independentemente da qualificação intelectual ou econômica do acusado, já que a exigência se estende a qualquer acusado.

No mesmo sentido, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS N.º 76.559-9-SP

Rel.: Min. Carlos Velloso

EMENTA – Penal. Processual Penal. Habeas corpus. Sentença condenatória. Declaração do réu, sem assistência de defensor, de que não deseja apelar.

I - Não deve produzir efeitos definitivos a declaração do réu, sem que esteja assistido pelo seu defensor, de que não pretende apelar da sentença condenatória.

II – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o defensor pode apelar da sentença condenatória, inobstante declaração do réu em sentido contrário. Precedentes do STF:

incluído no texto; varia conforme o caso e, sobretudo, de acordo com a própria estrutura da frase utilizada pelo autor.

²²⁴ - JORNAL O ESTADO DO PARANÁ. In : Caderno Direito e Justiça, edição de 26.07.98, p. 2. (obs.: todos os demais julgados inseridos no corpo do texto, foram extraídos desta fonte, sobre pesquisa elaborada sobre a jurisprudência nacional dos últimos dois anos)

RECr. 107.726-SP, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 122/326; HC 55.401-MG (Plenário), Rel. Min. Cunha Peixoto, RTJ 90/31; RHC 54.961-GO, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 80/497; RECr. 188.703-SC, Rel. Min. Francisco Rezek, RTJ 156/1074; HC 65.572-DF, Rel. Min. Célio Borja, RTJ 126/610 e HC 76.524-RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Plenário, 13/04/98.

III – HC deferido.

(STF/DJU de 7/8/98, p. 21)²²⁵

Essa participação do advogado tem sido exigida, também, nos procedimentos inerentes à Lei 9.099/95, especialmente na transação penal e suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 daquela Lei. É que, apesar de a Lei ter trazido ao processo penal um certo teor de privatismo, isto não obstará jamais as garantias da ampla defesa e contraditório com as suas necessárias conseqüências.

HABEAS CORPUS N.º 7.225/DF

Rel.: Min. Vicente Leal

EMENTA – Penal. Habeas-corpus. Lei n.º 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Intimação do defensor constituído. Missão. Cerceamento de defesa. Nulidade.

Da audiência em que se homologa a proposta de suspensão condicional do processo previsto no art. 89 da Lei n.º 9.099/95, pela sua relevância, pois consubstancia verdadeira transação, deve ser intimado o defensor do réu, regularmente constituído, sob pena de nulidade do mencionado ato processual.

A omissão de tal providência implica afronta ao princípio da ampla defesa, de magnitude constitucional.

Habeas-corpus concedido.

(STJ/DJU de 08/03/99, p. 249)²²⁶

Há um ponto porém, quanto ao artigo 89, da Lei 9.099/95, que merece comentário especial. A suspensão condicional do processo já era matéria discutida bem antes do advento da Lei 9.099/95, tendo sido, inclusive, objeto de proposta ou anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal quando da reunião da Comissão de Estudo dos anteprojeto de modificação do Código,

²²⁵ - Idem, 27.09.1998, p. 2.

²²⁶ - Cit. Edição de 30.05.1999, p. 5.

constituída pela Portaria do então Procurador-Geral de Justiça de São Paulo, conforme Aviso n.º 088/94, no Diário Oficial daquele Estado, Comissão que contara com grandes nomes do Direito nacional²²⁷. Portanto, não é assunto assim tão novo.

Todavia, considerando-se que, ao aceitar a suspensão condicional do processo não está o acusado assumindo a culpabilidade, até porque, uma vez vencido o prazo, declara-se extinta a punibilidade e volta-se ao *status quo*, como se nada tivesse acontecido, parece que impor condições para tal aceitação fica aproximado da situação de impor uma **pena antecipada**. Sim, porque tais condições não se restringem àquelas mesmas inerentes à fiança, por exemplo, como permanecer em casa após certa hora da noite; não andar armado; não freqüentar certos estabelecimentos; não ingerir bebidas alcoólicas etc., tal até como está especificado no § 1.º, da Lei. Mas considerando-se o § 2.º, as condições que geralmente são impostas na suspensão condicional do processo guardam semelhança maior com as penas alternativas, tais como prestação de serviços à comunidade, pagamento de cestas básicas etc.. Pode-se dizer que são, na prática, **penas restritivas de direitos antecipadas como condição à suspensão do processo**, o que, apesar do tão propalado avanço advindo da Lei 9.099/95, parece ferir o princípio do estado de inocência, este, inerente à ampla defesa.

Um argumento que contrariaria a tese aqui exposta seria o da transação, no sentido de que, abrindo mão o órgão acusador de certos direitos, também o faria, de sua parte o acusado. Nesse sentido, GRINOVER e outros comentam o artigo 89: *De qualquer modo, é indiscutível que também na conformidade*

²²⁷ - ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Relatores FERNANDES, Antonio Scarance [et al.]. *Anteprojeto para alteração do código de processo penal*. (Série Cadernos Informativos). São Paulo: APMP, 1994, *passim*.

*processual há transação, porque o acusado abre mão de uma série de direitos e garantias fundamentais, em troca da expectativa de ver extinta a punibilidade depois de um certo período. Tanto o Ministério Público como o acusado cedem. O primeiro dispõe sobre o prosseguimento da persecução penal, o segundo sobre uma parcela dos seus direitos e garantias.*²²⁸

E continua: *De acordo com o que foi disciplinado no art. 89 o acusado não admite nenhuma culpa. Aliás, não se discute sua culpabilidade no ato da suspensão do processo. Tanto é assim que, na eventualidade de ser revogada, a parte acusatória só terá êxito final se comprovar, dentro do devido processo legal, a culpabilidade do acusado (nos termos do que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.º, 2) (...) O que bem explica a natureza jurídica da suspensão condicional do processo entre nós, em suma, é o nolo contendere, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.*²²⁹

Primeiro que, mesmo que o acusado não proclame a sua inocência, antes da sentença condenatória transitada em julgado quem o faz por ele é o princípio constitucional do estado de inocência (que, repita-se, é corolário constitucional imprescindível da ampla defesa), independentemente da vontade do acusado. Em segundo lugar, na linha da jurisprudência atual, essa característica de transação parece estar meio ultrapassada, já que o julgador não está mais vinculado à concordância com a suspensão, pelo M.P., quando o acusado preenche todos os requisitos inerentes a ela. Trata-se, tal suspensão, de direito subjetivo do acusado, e não de mera faculdade do Ministério Público, de oferecer ou não a proposta.

²²⁸ - GRINOVER, Ada Pellegrini, [et. al.]. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: RT, 1996, p. 190.

²²⁹ - Idem, p. 191.

Desta forma, se é direito subjetivo do acusado a suspensão condicional do processo quando aquele preenche todos os requisitos a ela inerentes, fica estranho impor-lhe condições com características de pena restritiva de direitos antecipada, para que exerça seu direito subjetivo...

Não obstante, veja-se julgado a respeito:

RECURSO DE “HABEAS CORPUS N.º 7.312-RS

Rel.: Min. Edson Vidigal

EMENTA: Penal. Processual. Lei 9.099/95. Suspensão condicional do processo. Direito subjetivo do réu. “Habeas corpus”. Recurso.

1. Sendo a suspensão condicional do processo direito subjetivo do acusado, o Juiz não deve estar vinculado à recusa do Ministério Público, devendo manifestar-se a respeito.

2. Recurso conhecido e provido.

(STJ/DJU de 1.º/6/98, p. 153)²³⁰

Portanto, vincular um direito subjetivo do acusado a uma condição com características de pena antecipada parece ferir o princípio do estado de inocência, onde se faz com que, em aceitando a proposta, pague a pena alternativa travestida de transação, como condição determinante da interrupção da persecução penal e conseqüentemente, da manutenção inquestionada de sua primariedade.

2.3.2.2. Recursos e o direito à defesa

Certos pontos que ainda geram alguma controvérsia (que se considera desnecessária, à clareza da Constituição) dizem respeito aos recursos, dos quais traz-se algumas decisões a seguir.

²³⁰ - Cit. Edição de 16.08.1998, p.2.

É interessante notar que, quase sempre, a discussão calca-se sobre a liberdade do acusado e ao seu direito de defesa acima de qualquer formalidade.

RECURSO ESPECIAL N.º 79.008/DF.

Rel.: Min. Vicente Leal

EMENTA: Constitucional. Processual penal. Sentença penal condenatória. Apelação em liberdade. Princípio da presunção de inocência. Revelia. Irrelevância.

- À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5.º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312, do CPP.

- A mera circunstância de ser o condenado revel não autoriza a custódia processual e muito menos é causa para condicionar-se o recebimento da apelação o recolhimento prévio à prisão.

- A regra do art. 594, do CPP, deve ser concebida de forma branda, em face do império do aludido princípio constitucional, sendo irrelevante para justificar a prisão provisória a mera referência ao fato de ser o réu portador de maus antecedentes.

- Recurso especial não conhecido
(STJ/DJU de 27/4/98, p. 221)²³¹

Veja-se que a revelia não pode ter o condão de ensejar a represália do Estado no sentido de impedir o acusado revel de recorrer em liberdade (traço que determina a regra nos recursos em processo penal), tão somente por não ter comparecido tempestivamente para exercer seu direito à defesa. Ora, a ampla defesa é princípio constitucional indeclinável, e isto se verifica na figura da obrigatoriedade da defesa técnica. Por outro lado, como corolário da ampla defesa, o estado de inocência há que prevalecer, esteja ou não, o réu, presente no processo. Assim, seguindo esta linha:

HABEAS CORPUS N.º 8.287/MS

Rel. Min.: Vicente Leal

EMENTA – Constitucional. Processual penal. Sentença condenatória. Apelação. Princípio da presunção de inocência: CF, art.

²³¹ - Cit. Edição de 12.07.1998, p. 2.

5.º, LVII. Direito de recorrer em liberdade. CPP, art. 594. Garantia violada.

- À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5.º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva na forma inscrita no art. 312, do CPP.

- O direito de apelar em liberdade de sentença, assegurado pelo Código de Processo Penal, art. 594, não pode ser negado ao réu que permaneceu em liberdade durante todo o curso do sumário, salvo se indicado no dispositivo da sentença fortes razões para a imposição da custódia processual.

- Habeas corpus concedido.

(DJU/STJ de 22/3/99, p. 259)²³²

Na mesma edição de onde se encontrou o primeiro julgado acima, consta artigo de BOTELHO²³³, no mesmo sentido, colacionando várias opiniões e julgados, bem como questionando a constitucionalidade do art. 594, do CPP, que assim dispõe: *Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.*

Acrescente-se, ainda, o artigo 595, de seguinte redação: *Art. 595. Se o réu condenado fugir depois de haver apelado, será declarada deserta a apelação.*

Quanto ao artigo 594, entende-se, também, seja o mesmo inconstitucional, vez que fere a ampla defesa, e o estado de inocência, obrigando o acusado a recolher-se à prisão para exercer seu direito constitucional.

²³² - Cit. Edição de 13.06.1999, p. 5.

²³³ - BOTELHO, Ronaldo. *Sentença condenatória. Réu revel. Possibilidade não obstante de apelar em liberdade.* In : O ESTADO DO PARANÁ, Caderno Direito e Justiça, edição de 12.07.1998, p. 3.

Não menos absurdo é o artigo 595, que, num ato punitivo de mera retaliação, retira o direito de defesa do acusado fugitivo, negando-lhe, como já se mencionou, responder à sua natureza.

Como exemplo, imagine-se uma situação: um acusado inocente, uma vez condenado, tem obrigação de confiar no bom senso do tribunal *ad quem*, e jamais fugir, caso contrário perderá o direito à defesa. Ora, se o juiz singular já errou, não poderiam os demais julgadores também errar? E, surgida a oportunidade de fuga, deve então, a todo custo, sob pena de ser confirmada a sentença condenatória, ignorar tal oportunidade e a própria natureza humana? E falou-se de um inocente, fato que pouco importa em vista da abrangência, a todos, do inciso LVII, do artigo 5.º, da Lei Maior.

E não se venha com o argumento de que o inocente jamais fugiria... a imprevisibilidade da decisão judicial, por ser decisão humana, pessoal, e, por isso mesmo, continente de aspectos ideológicos, é fato que assusta até os mais convictos e experientes operadores do Direito, quanto mais aquele cidadão sobre quem os efeitos da sentença hão de recair.

2.3.2.3. regressão de regime de cumprimento de pena e ampla defesa

Veja-se agora, julgado do STF, inerente à regressão de regime de cumprimento de pena em face de fuga empreendida pelo sentenciado, tudo em confronto com o seu direito de justificação da quebra de dever disciplinar estabelecido pela Lei de Execução Penal:

HABEAS CORPUS N.º 76.271-5-SP

Rel.: Min. Sydney Sanches

EMENTA – Direito Penal e Processual Penal.

Regime semi-aberto de cumprimento de pena. Fuga: quebra de dever disciplinar. Sanção de regressão ao regime fechado (arts. 50, inc.II, e 118, inciso I e §§ 1.º e 2.º, da Lei de Execuções Penais). Direito

de defesa do sentenciado. Cabimento, porém, da medida cautelar de regressão.

“Habeas Corpus”

1. Se até antes da condenação, pode o denunciado ser preso preventivamente, para assegurar a aplicação da lei penal, não é de se inferir que o sistema constitucional e processual penal impeça a adoção de providências, do juiz da execução, no sentido de prevenir novas fugas, de modo a se viabilizar o cumprimento da pena já imposta, definitivamente, com trânsito em julgado.

Essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda, quando vier a ser preso.

O que não se pode exigir do juiz da Execução é que, diante da fuga, instaure a sindicância, intime o réu por edital, para se defender, alegando o que lhe parecer cabível para justificar a fuga, para só depois disso determinar a regressão ao regime anterior de cumprimento da pena.

2. Essa determinação pode ser provisória, de natureza cautelar, antes mesmo da recaptura do paciente, para que este, uma vez recapturado, permaneça efetivamente preso, enquanto justifica a grave quebra de dever disciplinar, como o previsto no art. 50, inc. II, da Lei de Execuções Penais, qual seja, a fuga, no caso.

3. Tal medida não encontra obstáculo no art. 118, inc. I, §§ 1.º e 2.º da mesma Lei.

É aí que se trata da imposição definitiva da sanção de regressão. E não da simples providência cautelar, tendente a viabilizar o cumprimento daquela pena, até que aquela seja realmente imposta.

4. “H.C.” indeferido.

(STF/DJU de 18/9/98, p. 3)²³⁴

Há um aspecto estranho neste julgado da Suprema Corte. É óbvio que, no sentido de evitar nova fuga, possa o juiz da execução determinar a regressão cautelar do regime de cumprimento da pena, pela quebra de dever disciplinar, permitindo-se, não obstante, ao sentenciado fugitivo que se defenda. O que fica passível de discussão e dúvida é: deve o sentenciado recolher-se ou ser capturado para depois se defender ou, mesmo foragido, defender-se (justificar-se, por exemplo) no processo de regressão?

No segundo parágrafo do item 1, lê-se o seguinte: *essa providência cautelar não obsta a que o réu se defenda quando vier a ser preso...*

²³⁴ - Cit. Edição de 20.12.98, p. 2.

Da leitura desse texto (salvo melhor entendimento) infere-se que, enquanto o sentenciado não vier a ser preso o mesmo não poderá se defender... Quer dizer: entregue-se, e aí terás o direito de defesa!...

Entende-se que não se andou bem nesse sentido. A prevalecer o pensamento ali colocado, estar-se-ia negando ao ser humano um dos seus instintos (se é que se pode chamar assim) mais básicos, que é o de buscar a liberdade a qualquer custo, e sempre. Fugir, a despeito da quebra do dever disciplinar, é também (e talvez contraditoriamente) um direito do preso, porque inerente à natureza humana, e mais, inerente a natureza de qualquer animal, quanto ainda do ser humano.

O que se propõe aqui, num caso como esse é que, proceda o juiz da execução a regressão cautelar, instaure o processo, mas, independentemente de o sentenciado ser recapturado, seja intimado seu advogado ou se lhe nomeie um, para que possa exercer o seu direito constitucional à ampla defesa. O devido processo penal aqui, carece, impreterivelmente, da possibilidade de defesa, com ou sem recaptura. Plausível a justificativa, poderá muito bem ser mantido o regime atual de cumprimento da pena, e, retornando o sentenciado (uma vez exaurido o motivo que o levou a fugir) cumprirá o restante no mesmo regime. Justo é também que, vencido o motivo ou prejudicada a justificativa, aí sim, novo processo se instaure e via de consequência, possa o juiz da execução, decidir pela regressão.

2.3.2.4. Outros aspectos: meios de prova, sentença e interrogatório

Há, também, outros pontos onde a mão dos Tribunais tem atuado de forma decisiva em relação à atuação dos direitos fundamentais no processo penal. Relacionou-se, então, a seguir, julgados atinentes à escuta e gravação telefônicas, sentença de pronúncia de teor acusatório, sentença sem a

necessária fundamentação, e interrogatório como meio de defesa, este último, colocado como elemento finalizador da análise, tanto pela sua importância no presente trabalho, quanto pela série de aspectos pertinentes que o rodeiam na prática inconstitucional do processo penal.

RECURSO DE “HABEAS CORPUS” N.º 7.216-SP

Rel.: Min. Edson Vidigal.

EMENTA – Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. “Habeas-corpus”. Recurso.

1. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal.

2. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade.

3. Precedentes do STF.

4. Recurso conhecido mas não provido.

(STJ/DJU de 25/5/98, p. 125)²³⁵

Aqui, fala-se também, em alguns casos, no exercício da legítima defesa quando, o direito à intimidade de um dos interlocutores é violado por gravação da conversa pelo outro, que, acusado de crime qualquer ou vítima dele (v.g. extorsão, seqüestro, corrupção) , não tem outro meio apto a produzir prova penal em seu favor, senão a gravação do teor daquela conversa, fazendo jus à ampla defesa. Nada mais plausível já que, se a legítima defesa admite que se tirem vidas, porque não a violação da intimidade, que, numa escala valorativa, há também que perder para a liberdade, mormente quando a intimidade está sendo utilizada para o exercício da opressão ou qualquer ilícito de incidência direta sobre o interessado.

É mais um caso em que os direitos fundamentais são muitas vezes relativizados pelo princípio da proporcionalidade, procurando que, no

²³⁵ - Idem.

confronto de interesses jurídicos constitucionais um não prevaleça de modo a se esquecer por completo o outro, mas, a procura é fazer valer aquele que, no caso, uma vez violado, geraria consequências mais graves.

Não obstante, a lei já atingiu esse setor do Direito (Lei 9.296/96), regulando a autorização judicial sobre escuta telefônica utilizada inclusive na investigação policial. O juiz, porém, há que ponderar suas decisões no sentido de que o uso desta Lei não deixe de incidir sobre casos especialíssimos e passe a constituir rotina pura e simples, o que banalizaria o direito à intimidade e, no lugar da proporcionalidade, prevaleceria a indiferença àquele direito. Essa preocupação existe, entre outros motivos, também porque, no método utilizado para a gravação telefônica (e não há outro melhor), entre o assunto que interessa à justiça, vêm também tantos outros de grave comprometimento da vida particular do investigado, o que, no mais das vezes, vem a causar constrangimentos desnecessários até mesmo a terceiros completamente alheios ao caso sob investigação, o que, sem dúvida, ultrapassaria o limite da busca da verdade real, atingindo searas alheias, porque impertinentes, à ampla defesa e ao contraditório. Mas, apenas como ilustração, vejamos julgado a respeito de caso onde se viu a necessidade da medida:

HABEAS CORPUS N.º 7.869-SP

Rei.: Min. Vicente Leal

EMENTA: Constitucional. Processual penal. Extorsão mediante seqüestro. Prova. Escuta telefônica. Autorização judicial. Lei N.º 9.296/96.

- Não contamina de nulidade o processo penal instaurado com base em prova obtida por meio de interceptação de linha telefônica, realizada com autorização judicial deferida após a edição da Lei 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, do art. 5.º, da Carta Magna.

- Em sede de investigação do crime de extorsão mediante seqüestro, em face da imensa dificuldade de sua apuração, é de se admitir a escuta telefônica como meio de prova para identificação da autoria.

- Habeas corpus denegado.

(STJ/DJU. DE 9/11/98)²³⁶

Um exemplo agora, de violação do contraditório a partir do desvirtuamento (por parte do julgador, o que é pior, mas não é incomum, já que o próprio STF cita precedentes) do princípio acusatório na natureza do processo de competência do Tribunal do Júri, onde, na sentença de pronúncia, faz-se as vezes de assistente da acusação:

HABEAS CORPUS N.º 77.044-2-PE

Rel.: Min. Sepúlveda Pertence

EMENTA – Pronúncia: exigência de fundamentação moderada: nulidade, com desentranhamento, da pronúncia a que o vigor da adjetivação dá entusiasmada coloração acusatória: precedentes.

(STF/DJU de 7/8/98, p. 22)²³⁷

O que se vê no julgado acima, implica num erro, no mais das vezes sem intenção (por isso, classificá-lo como erro), que leva o julgador, no afã de impor suficiente fundamentação em sua decisão, extrapolar os limites da sentença de pronúncia, manifestando a sua convicção a respeito do caso, o que não lhe cabe.

É lugar-comum lembrar que a sentença de pronúncia trata-se apenas de uma remessa pelo juiz singular ao juiz natural do processo (que é o Tribunal do Júri) nos crimes dolosos contra a vida onde, após a instrução, o primeiro se convenceu da existência do crime e de indícios suficientes da autoria. E tal decisão deverá manter-se nos limites estabelecidos pelo artigo 408, do Código de Processo Penal, podendo até operar a desclassificação, caso o julgador divirja da classificação dada pelo órgão acusador (art. 408, § 4º).

²³⁶ - Cit. Edição de 14.03.1999, p. 2.

²³⁷ - Cit. Edição de 27.09.1998, p. 2.

Não convencido de tais indícios ou da existência do crime, verificar-se-á o caso de impronúncia, na forma do artigo 409 do mesmo diploma, e, num terceiro momento, verificando o julgador singular, a incidência indubitável de qualquer excludente (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal, etc.), procederá á absolvição sumária, na forma do artigo 411 daquele *codex*.

Note-se que são quatro situações bem definidas: a) ou o juiz pronuncia; b) ou desclassifica, dando oportunidade para nova produção de provas, em atenção ao contraditório e ampla defesa; c) ou impronuncia e d) ou absolve sumariamente. Para os três últimos casos o julgador deverá, na sua fundamentação, deixar clara a sua certeza da situação que o levou à decisão, restando a dúvida em favor da primeira situação, a pronúncia, em respeito ao juiz natural, já que, naquela fase do processo penal, opera o princípio *in dubio pro societate*.

Pois bem: estando o juiz singular certo de que se trata de caso de pronúncia, seja por dúvida quanto à autoria, à materialidade, a qualquer excludente etc., deverá fundamentar sua decisão de pronúncia calcando-se apenas nos argumentos que o levaram à dúvida, sem o aprofundamento que induziria o Júri a qualquer decisão. Ademais, mesmo que o julgador tiver certeza da culpabilidade e da necessidade de uma condenação, não sendo ele o juiz natural, não poderá explicar na sua decisão de pronúncia os motivos que o levaram à sua certeza, cabendo-lhe, apenas, reconhecer a sua incompetência processual, e remeter os Autos ao Tribunal do Júri. Qualquer manifestação que possa induzir o Conselho de Sentença (demonstrando, por exemplo, convicção do julgador singular, no sentido da necessidade de condenação, ou apontando “provas inquestionáveis” da autoria, etc.) a tomar uma decisão é passível de

nulidade (e aqui há que se explicar: seja a decisão condenatória ou absolutória).

É que o contraditório não beneficia apenas o acusado, mas também a outra parte, e, seja qual for o lado prejudicado, o que não poderá ser esquecido é o respeito ao contraditório.

No julgado acima, o juiz singular deixou de observar os critérios que aqui foram expostos, exagerando na fundamentação e ensejando a possibilidade de indução do Conselho de Sentença, numa frontal colisão com o princípio do contraditório, por isso, a acertada decisão do STF no sentido de anular tal decisão.

Aliás, se no primeiro julgado houve um excesso na fundamentação, os partícipes do processo penal devem estar atentos no que tange à falta desta fundamentação, ou seja, à inobservância dos requisitos da decisão, sob pena de, muitas vezes despercebidamente, deixar-se prevalecer outra violação da ampla defesa não menos incomum, e que já chegou à Suprema Corte:

HABEAS CORPUS n.º 75.340-0-GO

Rel.: Min. Moreira Alves

EMENTA: “Habeas-corpus”

- A falta de fundamentação da sentença com relação às teses da defesa que têm relevância é causa da nulidade desta que deveria ter sido reconhecida pelo acórdão impugnado e não o foi por fundamentação que não pode prevalecer.

“Habeas corpus” conhecido e deferido, para, cassado o acórdão na apelação, anular a sentença de primeiro grau, a fim de que outra seja proferida devidamente fundamentada.

(STF/DJU de 8/5/98, p. 2)²³⁸

Finalmente, a partir de um julgado sobre o **interrogatório**, seja feita uma análise a respeito dessa fase processual:

HABEAS CORPUS – N.º 77.572/SP

²³⁸ - Cit. Edição de 14.06.1998, p. 2.

Rel.: Min. Sepúlveda Pertence

Decisão: A turma indeferiu o pedido de habeas-corpus.

Unânime. Presidiu o julgamento o Ministro Sydney Sanches na ausência, ocasional, do Ministro Moreira Alves. 1ª, 13.10.98.

EMENTA: Interrogatório; a sua omissão, no caso do comparecimento do revel ao processo, constitui nulidade, mas de caráter relativo, sanada com a falta de arguição oportuna, (C.Pr.Pen, arts. 185 e 164, III, e 2ª parte c/c art. 572, I): a importância do interrogatório não basta para elidir a preclusão, em norma da garantia do art. 5.º, LV, da Constituição: sendo o ato instrumento de autodefesa – mormente hoje, quando a consagração do direito ao silêncio impede seja a recusa a responder interpretada contra o interrogado impõe-se reservar à defesa o juízo de sua conveniência aos interesses da acusada.

(STF/DJU de 6/11/98, p. 4)²³⁹

A inclusão do julgado acima tem o propósito, aqui, de abrir uma breve, mas importante, discussão a respeito do interrogatório. Primeiro, vê-se que o STF admite a preclusão do interrogatório, principalmente em face do direito ao silêncio que é garantido ao acusado. Em que pese tratar-se de decisão recente, parece haver aí uma contradição com os propósitos do art. 366, do CPP, com a nova redação dada pela Lei n.º 9.271/96.²⁴⁰ Porém, é difícil saber qual solução é mais grave. A legal ou a do julgado ora analisado (ou, eventualmente, as duas).

A opinião manifestada no julgado inibe, senão tolhe, a ampla defesa e o contraditório, já que o acusado perde, por preclusão, a oportunidade de, em comparecendo posteriormente ao processo, colocar-se frente ao julgador e dar a sua versão pessoal dos fatos.

Por outro lado, a nova redação do artigo 366, embora aparente uma tentativa de proteção do devido processo, suspendendo o andamento do feito

²³⁹ - Cit. Edição de 14.03.1999, p. 2.

²⁴⁰ - Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

até a aparição do acusado, é também uma solução inconveniente do ponto de vista do devido processo mesmo.

É que, apesar de suspender o processo, suspende-se, também, o curso do prazo prescricional, ou seja, dá-se com uma das mãos e se tira com a outra. Trata-se de uma espécie de compensação pela concessão do direito ao cidadão acusado de se ver processar e responder ao processo somente quando tiver conhecimento deste e comparecer em Juízo para exercer seu direito.

Se se garante que o acusado só arcará com as conseqüências do processo se lhe for assegurado o contraditório e a ampla defesa na sua plenitude, garantidos pela presença física nos atos do processo, por outro lado, pune-se-o, com a suspensão (indefinida, pois a lei é omissa quanto ao tempo) da prescrição. Mas não é só. O que o artigo 366 faz é, em muitos casos, perpetuar o *jus puniendi*, levando alguns crimes à esfera de imprescritibilidade. Nesse sentido, importantes são os argumentos de Ney Moura TELES, criticando a nova redação do artigo em exame: *A prescrição – perda do direito de punir (jus puniendi) pelo decurso do tempo – é a regra. Decorre das exigências de um Direito penal democrático, cujo objetivo é a proteção dos bens jurídicos, através da imposição de uma resposta severa, mas essencialmente ética, voltada para a prevenção, geral e especial, e, ao mesmo tempo, para a indispensável busca da recuperação social do condenado. Prevenção só faz sentido, quando executada a sanção em tempo próximo ao calor dos acontecimentos criminosos. A reprovação, igualmente, só é aceitável quando próxima do fato reprovável. Passado algum tempo, a*

*própria sociedade começa a repugnar a sanção. Por isso é que o tempo extingue o direito de punir.*²⁴¹

E vai além o autor citado, engendrando no direito constitucional: *A imprescritibilidade de alguns crimes, dada a gravidade das suas conseqüências, é matéria reservada, exclusivamente, ao legislador constituinte. A nossa Constituição selecionou apenas essas hipóteses em que não haverá prescrição: racismo e ação de grupos armados, civis ou militares, contra a própria ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5.º, XLII e XLIV). Se a Constituição Federal estabeleceu casos expressos de imprescritibilidade, é porque não autorizou ao legislador ordinário imaginar, nem contemplar, outras hipóteses, muito menos os julgadores construírem interpretações extensivas.*²⁴²

E para fechar a discussão, aproveitando mais uma vez a percuciente análise de Teles, que vai além nas suas críticas e propostas, basta corroborar o seguinte: *Se a suspensão do processo constitui um avanço fundamental para as garantias do mesmo, a suspensão ilimitada da prescrição é um retrocesso magnífico e inaceitável, pela inconstitucionalidade, por sua extrema severidade, pela desarmonia com o sistema, e pela agressão aos princípios de humanidade que norteiam um Direito penal de inspiração democrática.*²⁴³

Não se trata de discutir, aqui, a prescrição em si, enquanto instituto, mas sim, a sua interrupção com a suspensão do processo em face do não comparecimento do acusado, tudo, num nítido ferimento da Constituição, como

²⁴¹ - TELES, Ney Moura. *Suspensão do processo e da prescrição*. In : *Consulex: o mundo jurídico em cores*. Brasília: CONSULEX, edição n.º 10, de 31.10.97.. O texto aqui utilizado não consta número de página, eis que extraído do CD-ROM promocional, n.º 2 (edições de janeiro a dezembro de 1997) distribuído gratuitamente pela editora.

²⁴² - Idem.

²⁴³ - Idem, *ibidem*.

já foi demonstrado, no que tange ao devido processo. Não bastasse, a preclusão mesma do interrogatório (de onde se partiu a presente análise), além de uma violação dos princípios da ampla defesa e contraditório, representa, em si, também uma contradição com o que determina a nova redação do artigo 366, ou seja, com a suspensão do processo e a interrupção da prescrição. Ora, ou se suspende o processo com a interrupção da prescrição ou se considera preclusa a possibilidade de oitiva em interrogatório...

É óbvio que esse raciocínio serve apenas de demonstração da incoerência do texto da lei com a prática jurisprudencial neste caso. Entretanto, seja a preclusão, seja a interrupção da prescrição, isoladas, representam violações ao *due process*, na ampla defesa e contraditório. Pensar no acúmulo de ambas, é pensar em dupla inconstitucionalidade.

Portanto, independentemente da suspensão do processo e da prescrição, a constitucionalidade da preclusão do interrogatório é altamente duvidosa.

O julgador que pretenda alcançar todas as possibilidades possíveis de busca da verdade real no processo não pode admitir com severidade a hipótese da preclusão e impedir de falar pessoalmente o acusado que comparece e requer seu interrogatório.

Deve-se, isso sim, procurar-se permitir que seja ouvido o acusado, com o máximo possível de tolerância para com o seu atraso no comparecimento pessoal ao processo. Mas, evidentemente, isso não impede que o processo prossiga, a despeito da ausência de acusado citado, ou intimado pessoalmente para qualquer ato do processo, que deixe de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunique o novo endereço ao juízo (conforme o artigo 367, do CPP), uma vez que a

oportunidade de participação, quando da citação ou intimação pessoal, já lhe fora concedida.

Continuando com alguns aspectos do interrogatório, agora, quanto ao direito ao silêncio, deve-se lembrar a implicância que, muitas vezes, o exercício desse direito vem a causar mormente em sede de pedido de fiança. É que, volta e meia os Tribunais se vêem diante de arbitrariedades que ignoram o texto constitucional, muitas vezes sob argumentação casuística da necessidade do recolhimento, ainda que por alguns dias, para que o então indiciado reflita sobre o ato, ou por castigo puro e simples, quando o mesmo faz uso de seu direito ao silêncio²⁴⁴.

Mas o que causa mais incômodo é a forma como a própria Lei trata o procedimento do interrogatório.

Primeiro, um aspecto que já tem sido mudado na prática, mas que, por não o exigir a Lei, alguns formalistas ainda têm insistido em ignorar. Trata-se da não previsão no CPP, de defesa técnica no interrogatório.

Com o argumento de que o interrogatório é peça de defesa pessoal do acusado, muitos julgadores ainda admitem que o mesmo compareça sozinho para responder a interrogatório, até porque, teoricamente, o mesmo ainda não constituiu advogado, o que faria (teoricamente, insista-se) no interrogatório (constituindo ou sendo-lhe nomeado para a apresentação das alegações preliminares). Embora não esteja previsto no CPP, não há como negar a imprescindibilidade da presença do advogado no interrogatório, acompanhando

²⁴⁴ - Na prática advocatícia, o autor deste trabalho tem desaconselhado (em muitos casos, e, sob alguns foros) o exercício do direito de só se manifestar em juízo, quando da prisão em flagrante, preferindo sugerir declarações superficiais. O uso de tal direito, não poucas vezes, dificulta a concessão da fiança, ou, no mínimo, prolonga a sua demora.

o acusado, e até, com possibilidade de interferir tempestivamente no ato, indicando, após argüido pelo juiz, pontos a serem esclarecidos, bem como sugerindo — no mínimo — perguntas pertinentes.

A participação do advogado no interrogatório é tão importante e tão necessária que, à luz da Constituição do regime anterior (sabidamente arbitrário) o Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo já se manifestava da seguinte forma:

Vistos os presentes autos de Apelação 313.357, de Osasco, sendo apelante J. A. de O.:

(...)

1. O presente processo talvez sirva para que as doutíssimas autoridades judiciárias de Osasco, bem com o Ministério Público, *custos legis* por excelência, verifiquem o grau de descumprimento a que chegou a norma expressa do art. 153 da Constituição Federal, em cujos parágrafos 15, 16 e 36, estatui o *due process of law* entre nós.

(...)

5. sobre a questão da presença do réu ao ato do interrogatório, valha notar que, ao ver do relator, nenhum valor terá tal ato sem essa presença (cf. *O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16, da Constituição Federal*, vol. 572, pág. 283 e ss). Valha notar também que o VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada assentou que: a) “é indispensável a presença de defensor, constituído ou dativo, ao interrogatório do réu; b) “o ato citatório conterá a advertência ao citando para, querendo fazer-se acompanhar de advogado”(cf. TACRIM Julgados, 74/13, nota de rodapé). Como ainda valha notar que o Projeto de Código de Processo Penal, enviado pelo Poder Executivo ao Poder Legislativo em junho último, prevê não só a presença do defensor como o direito de propor perguntas.

(...)

São Paulo, 13 de setembro de 1983. Adatao Suannes, relator.²⁴⁵

²⁴⁵ - In : GRINOVER, Ada Pellegrini [Org.]. *O processo constitucional em marcha: Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 132.

Infelizmente, as advertências feitas pelo Egrégio Tribunal Paulista, apesar de anteriores à atual Constituição, serviriam, e muito, para muitos operadores do Direito atual.

Mas, voltando à análise, nota-se, então, a necessidade do enquadramento constitucional do processo penal, desde a elaboração de suas normas²⁴⁶ (aqui, especificamente em relação ao interrogatório), sua aplicação correta, porém paritária, e, evidentemente, a limitação do poder estatal, fundada no critério da “paridade de armas”.

Aqui, deve-se voltar ao princípio constitucional da igualdade. Para isso, recorra-se, brevemente, à lembrança oportuna de Cármem Lúcia Antunes ROCHA: *Igualdade constitucional é mais que uma expressão de Direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por isto é princípio posto como pilar de sustentação e estrela de direção interpretativa das normas jurídicas que compõem o sistema jurídico fundamental.*

*Não tem, contudo, sabemos bem, eficácia plena no Brasil. Por isto mesmo o princípio foi tão veementemente cuidado no texto da Constituição da República de 1988, para que se faça vida o que até agora tem sido apenas norma jurídica, mais uma dentre tantas com que contamos no papel e tão pouco nas praças públicas.*²⁴⁷

²⁴⁶ - Não se fala aqui da questão do controle da constitucionalidade formal. Tem relevância, isto sim, a constitucionalidade material, no sentido da adequação interpretativo-pragmática da norma processual penal aos preceitos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais, esta pelo juiz, ou pelo legislador mesmo, no sentido do *substantive due process*.

²⁴⁷ - ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 118.

E se fala em igualdade não somente no sentido técnico processual da bilateralidade da audiência, mas em igualdade em relação a todos os cidadãos, que, como tais, estão (ou deveriam estar) todos sujeitos a figurar no polo passivo de eventual processo penal.

Com efeito, deve o cidadão acusado (seja qual for o crime e/ou sua gravidade) travar a luta jurídica para sua defesa em igualdade de condições com o órgão acusador, e (o que é esquecido muitas vezes por quem lida com o Direito) em condições de encarar o órgão julgador não como um semideus (e aí entra a igualdade de todos os cidadãos), como o vêem muitos dos membros das classes mais pobres, mas como um funcionário do Estado (ainda que uma autoridade) escalado para dirimir a contenda.

Não basta argumentar a possibilidade de constituir advogado como um requisito preenchido da paridade de armas... é que temos interrogatórios — o que se chama de "peças de defesa" — onde o acusado pobre, acuado, se vê sozinho, muitas vezes, diante do gigante juiz e fica à mercê do bom-senso deste. Este “bom-senso” pode ou não ser utilizado no processo, especificamente naquele interrogatório onde se encontram apenas juiz e acusado.

O fato é que, para que prevaleça a igualdade como princípio constitucional atinente a todos os cidadãos, há que ser exigida a presença de advogado sempre, nomeado ou constituído, para acompanhamento, mesmo que apenas presencial, do interrogatório, fiscalizando a ampla defesa e coibindo eventual constrangimento que possa sofrer o acusado, até nem mesmo por atuação do juiz, mas pela humildade, ignorância e medo até, do acusado mesmo.

Veja-se ainda, um outro julgado do TACRImSP, no sentido aqui exposto (e anterior à atual Constituição):

Vistos os presentes autos de Revisão n. 111.362, de São Paulo, sendo peticionário F.M. de A. ou F.M. de A..

(...)

De fato, parece já ser hora de lutar por um mínimo de coerência no que tange ao tratamento dos direitos do réu no processo. É preceito constitucional aquele segundo o qual o réu somente merece ser condenado se a ele assegurada ampla defesa.

Por outro lado, o art. 186 do Código de Processo Penal manda que, antes de iniciar o interrogatório, advertirá o Juiz ao réu que seu silêncio ou sua mentira poderão ser interpretados *em prejuízo da própria defesa*.

Que significa defesa?

Significa toda uma linha de exposição e prova que visa a demonstrar a ausência da autoria, ou a negativa do fato ou a presença de causa excludente da criminalidade ou qualquer outra circunstância que possa levar à absolvição do réu ou à mitigação da pena.

A quem compete traçar tal linha de exposição e prova? Por certo que não ao réu, leigo que é. Logo, para que o réu, ao ser advertido pelo Juiz, possa avaliar se, em face da linha defensiva a ser assumida, interessa silenciar ou falar, resulta óbvio que deve ele ter tido contato com seu defensor, técnico a quem incumbe justamente traçar aquela linha e zelar por aquela prova.

Para que o art. 186 tenha razão de ser (*verba cum effectu sunt accipienda*), imprescindível é que o réu, *antes* de ser inquirido em interrogatório, tenha tido contato com seu assistente técnico.

É o que se dá, aliás, quando o réu possui condições econômico-financeiras...

Em segundo lugar, o interrogatório é *meio de prova*. E tanto é prova que o V. Acórdão revisando transcreveu trechos do interrogatório judicial do réu para condená-lo. Se é prova, é ela produzida em audiência. Logo, se se trata de audiência, não se compreende seja ela realizada sem a presença de defensor.

(...)

E, quanto à possibilidade de abusos por parte do Juiz, somente a ingenuidade mais infantil poderia supô-la inexistir. O envolvimento do interrogatório através de perguntas capciosas, ameaças, infidelidade no transcrever o que é dito não são fenômenos contra os quais estejam vacinados todos os Magistrados.

E diante de eventual excesso, qual o meio de que disporá o interrogado para pôr-se a salvo dele?

Se o Juiz fosse alguém não sujeito a erros, para que então a instrução contraditória? Para que então os recursos?

Daí o cuidado que a doutrina pátria unânime tem em exigir a presença do defensor ao interrogatório.

(...)

São Paulo, 6 de abril de 1982. Adauto Suannes, relator designado.²⁴⁸

Bem lembrada no julgado acima, a facilidade de maior incidência sobre os menos possuídos, de violações no processo, dos direitos fundamentais. Não se trata, aqui, de atribuir às decisões recorridas uma perseguição contra os pobres, muito embora o sistema penal, já se falou, tenha uma característica discriminatória patente. Não obstante, o que deve ser lembrado é que aqueles que possuem uma situação financeira melhor, portanto, naturalmente assistidos por profissional cuja exclusividade fica mais próxima, têm mais possibilidade de enfrentar a relação cidadão-Estado que se verifica no processo. O pobre, em que pese o discurso igualitário, tem sempre mais dificuldade de se igualar, apesar da defesa técnica, naturalmente, também, menos exclusiva.

Ora, não estranhará aquele operador do Direito que, ao ler o presente trabalho lembrar-se de algum caso onde o julgador, sisudo e imponente, exigira do acusado apontar a verdade...

²⁴⁸ - Idem. p. 133.

Ademais, embora o julgado anterior seja mais flexível em relação à legislação, insistindo na necessidade da presença do advogado para que, só assim, o artigo 186, do CPP, tenha razão de ser, a posição aqui adotada vai além daquela decisão.

É que, no interrogatório, mormente sem a presença do advogado (mas não necessariamente nesse caso), prevalece o bom-senso do julgador, também, quando se defronta com os termos da lei e se presta a cumpri-los — relembrando: o Código de Processo Penal em seu artigo 186, traz o seguinte: *Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*. Pergunta-se, por que? Por que o seu silêncio poderá ser interpretado contra si?

Note-se que, embora se possa questionar até a constitucionalidade dessa norma, que — pensamos — colide frontalmente com o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República, é muito fácil perceber a diferença entre o interrogatório prestado por acusado devidamente acompanhado de profissional do Direito, constituído, e, como acontece com os menos favorecidos, um interrogatório apenas entre juiz e acusado e, às vezes, um defensor “ad hoc”, que sequer teve outro contato com o réu.

A simples menção ao citado artigo, feita pelo julgador ao acusado (exigida por lei, que seja lembrado), já pode ser interpretada como uma certa coação moral (especialmente, conforme a entonação empregada). Este é um aspecto, mas há mais.

Voltando, rapidamente, ao *contraditório*, é evidente que se garante ao acusado dar a resposta imediata às acusações que lhes são impostas. Se a

discussão do processo é bilateral, já se disse, torna-se imperioso que o cidadão tenha garantida a possibilidade de argumentar sempre, e de forma igualitária em relação ao acusador, como garantia da própria sociedade contra o poder estatal. Aqui, garantindo-se o direito individual, protege-se potencialmente a toda coletividade.

O grande problema que se vê em relação a essa garantia, é verificado em aspectos tais como a proximidade física que se verifica diariamente entre órgão acusador e julgador (geralmente divididos apenas por paredes nos fóruns de todo o país), o que propicia maior contato, diálogo, e, via de consequência, compromete o contraditório no mais das vezes, já que essa oportunidade, ainda que existente em relação ao acusado, via defensor, não é tão simples e corriqueira como o é em relação à outra parte.

Tanto é verdade que o próprio sistema impõe a desigualdade: como exemplo poderíamos citar a necessidade de fundamentação da decisão que rejeita a denúncia (o que se infere do art. 43, do CPP), e, por outro lado, a desnecessidade de fundamentação da decisão que a recebe, esta, geralmente, perfeita em três ou quatro linhas escritas. Por que a diferenciação? Para dizer *não* ao acusador é preciso fundamentar, mas, para dizer *não* ao acusado basta um despacho simples... por que? Não seria o caso de se exigir, peremptoriamente, para o recebimento da denúncia, uma fundamentação consistente, aliás, com base no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República: *todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...?*

Porém, o que se vê, quase sempre é o seguinte: ***“R. A. Recebo a denúncia. Cite-se. Para interrogatório designo o dia “x”. Local e data”.***

E com estas poucas palavras os próximos meses, anos ou a vida inteira do cidadão, estão comprometidos...

Ora, dados os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade do processo penal, não há como negar que o recebimento da denúncia é decisão da máxima importância e não pode estar perfeito sem uma explicação clara e bem fundamentada de seus motivos.

Parece que o argumento de que o órgão acusador é representante da sociedade, e, aqui prevalece o interesse público, é um argumento muito fraco diante das limitações ao poder do Estado, específicas do processo penal, impostas pelo texto constitucional.

Outro problema é saber até onde vai a abrangência das garantias constitucionais já tão mencionadas aqui. Se são constitucionais, deveriam, tratando-se de um país democrático, abranger todos os momentos da vida, garantindo a ampla cidadania.

Entretanto, o processo penal brasileiro, distingue inicialmente uma fase **inquisitória**, instruída por autoridade policial, onde tem grande interferência, se quiser, o Ministério Público, órgão acusador, e onde não há se falar em contraditório, por isso *fase inquisitória*.

Até onde é justo e constitucional admitir-se uma fase processual (ainda que preparatória) sem a garantia do contraditório ao acusado, mormente quando se ouve falar dos tantos meios (duvidosos, no mínimo) empregados pela polícia na obtenção das informações que lhes convém?

Não se ignora, aqui, a opinião de FREDERICO MARQUES²⁴⁹, rechaçando a idéia de uma observação do contraditório já no Inquérito Policial, sob o argumento da interferência desse pressuposto no interesse público, tendo em vista o comprometimento da investigação que tal exigência acarretaria, caracterizando a *investigação contraditória*, na linha de Astolfo de Rezende, de *impraticável*. Eis aí um problema. O fato é que, se se prejudica a investigação com o contraditório na investigação, prejudica-se, e muito, o indiciado, sem tal observância. Não seria o caso, portanto, de obrigatoriedade de informação ao indiciado, de todas as provas que eventualmente fossem contra si levantadas, e demais atos, apenas no sentido da publicidade (posterior ao ato), para que já se pudesse preparar a defesa futura? Parece pouco, mas seria melhor do que a investigação que aí se apresenta.

Mas esta preocupação não está apenas aqui. Tratando da garantia do contraditório, FIGUEIREDO DIAS adverte para o problema em questão: *Exacto é, por outro lado, que o princípio incita a que se arme o arguido com um “efectivo” e consistente direito de defesa” — mas acaba por se bastar com uma geral possibilidade de oposição e contestação, ou de exposição pelo arguido das suas próprias razões. Acontece, por último, que o princípio deve respeitar a **todo** o decurso do processo, impedindo que nele se tome qualquer decisão que atinja o estatuto jurídico de uma pessoa sem que esta tenha oportunidade de se fazer previamente ouvir — o que, todavia, parece estar em contradição com a existência, em muitas legislações, de uma primeira fase do processo penal de estrutura não contraditória escrita e secreta (a fase chamada de “instrução preparatória”).*²⁵⁰

²⁴⁹ - FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 99.

²⁵⁰ - FIGUEIREDO DIAS, Jorge. Op. cit., p. 151.

CHOUKE, em obra específica sobre a investigação, dedica todo um capítulo ao assunto, colacionando as diversas opiniões a respeito, sendo que, as opiniões trazidas a favor da inclusão do contraditório no Inquérito Policial calcam-se nos argumentos de caracterizar-se tal fase como um verdadeiro processo administrativo e de haver, também, um conflito de interesses em questão, o que ensejaria a necessidade da bilateralidade da audiência. Contrários à inclusão seriam o já citado Frederico Marques, Celso Bastos e Ada Grinover, calcados estes na natureza do inquérito e no fato de ainda não haver um acusado naquela fase. Na outra linha, ficam Fortes Barbosa, Rogério Lauria Tucci e João Rogério Tucci.

Mas CHOUKE, sem opinar pela inclusão do contraditório no Inquérito Policial, propondo uma solução mais democrática do que o sistema atual apresenta, solução calcada na atuação direta do juiz sobre aquela fase e também, na participação ativa dos demais operadores jurídicos interessados, ou seja, tanto de um Ministério Público, mais comprometido com a busca da verdade real, independentemente de eventual resultado absolutório, e, evidentemente, amparado por um Corpo de policiais suficientemente aparelhados, bem como, sugere, ainda, uma defesa mais participativa já na fase investigatória.²⁵¹

²⁵¹ - CHOUKE, Fauzi Hassan. Op. cit., p. 128-9. Apesar da extensão, vejamos a proposta do autor na íntegra, pela pertinência com o que se defende no transcurso de todo este trabalho: *O modelo não pode prescindir de um respeito à figura do suspeito, exteriorizado no sentido de vê-lo como sujeito das investigações e não como seu objeto. Zelando por esta nova visão, temos a figura de um juiz que, desenvolvendo um papel garantidor fiscalizará a obediência do transcurso das investigações aos princípios constitucionais que estruturam o processo penal acusatório e, de forma geral, o devido processo legal e as medidas cautelares. Ao titular da ação penal deve conferir-se amplo poder de investigação, tendo como sua "longa manus" a polícia judiciária, esta muito mais técnica e desenvolvida materialmente e, por conseguinte, menos arbitrária. Aquele que, ante a ausência do contraditório, obriga-se um novo pacto ético com a justiça criminal no sentido de obtenção de todos os meios de prova*

Aqui, pensa-se inevitavelmente na atuação do legislador, que deve atentar aos limites práticos que o sistema impõe ao exercício da cidadania e dos direitos humanos. Pensa-se também, no julgador, que deve ser sempre o fiscal e aplicador das garantias constitucionais, em todos os momentos do processo (e se considera aqui, o inquérito, como um momento importante, apesar de sua natureza meramente administrativa), sob pena de tais garantias, como salientado anteriormente, não passarem de belas palavras escritas.

Como se viu, em todos os momentos, trata-se aqui da dialética do processo penal, onde, atribuída a alguém a prática de ato reputado violador da lei penal, cabe-lhe, com a máxima liberdade (atendo-se apenas aos limites — alguns questionáveis — da lei) expor suas razões, rechaçando a acusação ou justificando seu ato.

E esse processo é dialético porque não se trata apenas de mero silogismo, onde o juiz, confrontando a tese com a antítese irá chegar à matemática síntese. Até porque, o processo penal dá ao julgador, a liberdade de buscar provas, de provocar a sua produção, ainda que não trazidas ao processo pelas partes, o que se chama comumente de “a busca da verdade real”, e não a verdade formal, restrita.

que surjam em razão do fato apurado, inclusive aqueles que venham a ser favoráveis aos suspeito. A defesa, adequadamente assegurada por esta nova roupagem investigativa, passa a ter mecanismos eficientes de proteção à liberdade individual, colaborando na diminuição do arbítrio historicamente existente nas atividades policiais, colaborando com a construção de uma Justiça Criminal preocupada não somente com a repressão, mas, sobretudo, com a dignidade humana. Ao juiz, uma nova estrutura que lhe dê a necessária imparcialidade e possibilite não somente exercitar as funções de garantia, mas ainda as de efetuar um juízo de admissibilidade sem ferir estruturas processuais e ceifando no nascedouro ações inúteis, possibilitando mais espaço para efetuar justiça em casos verdadeiramente ofensivos aos bens penais juridicamente tutelados; o que significa dizer que há necessidade de participação dos atores da justiça criminal na elaboração de um plano de repressão criminal no conceito de segurança pública. (suprimidos, aqui, os parágrafos)

Embora já se tenha comentado anteriormente sobre o critério da verdade real, não se pode olvidar aqui, de um ponto de vista pragmático, a necessária crítica a essa “busca da verdade real”, que se diz, prevalece no processo penal. É que — respeitadas as exceções que se tem constatado modernamente — o formalismo tem sido tanto, que, muitas vezes, ainda que (talvez) inconscientemente, funda-se uma condenação apenas na **pobreza elementar do processo**, em detrimento da realidade social, do mundo vivido, da experiência, prova disso são os julgados apresentados e precedentes apontados pelos Tribunais Superiores.

O que muitos ainda não perceberam é que, quando se fala em “verdade real” em processo penal, não se está querendo limitar-se à verdade enxergada pelo julgador diante dos elementos colacionados ao processo. Essa verdade, ainda que impulsionada e buscada pelo julgador, não passa de mera formalidade tal qual a outra.

Com efeito, ainda que, se recorrer à filosofia chegar-se-á à conclusão, como tantos, que a verdade “verdadeira” é praticamente inalcançável, e justamente por isso, deve-se interpretar a “verdade real” buscada no processo penal como **experiência pura**. A verdade aqui, mais do que verdade, significa “realidade”, realidade vivida e sentida pelo julgador, que, despindo-se de sua toga, coloca-se no lugar do acusado, vislumbrando (hipoteticamente, é claro) todas as possibilidades de ação, a argumentação em si, e os efeitos da decisão, com as necessárias variáveis, para se chegar à decisão mais justa e coerente com os preceitos de cidadania e direitos fundamentais.

Poder-se-ia argumentar que, coaduna-se esse argumento mais com a aplicação da pena, o que diria respeito ao direito material. Mas isso não é verdade. Se se quer fazer prevalecer a Constituição, num processo em que o acusado, geralmente, inicia e prossegue no mesmo, num nítido desnível em

relação ao acusador, cabe ao juiz trazer à pesagem o equilíbrio necessário, equilíbrio este que não pode ignorar aspectos sociais, econômicos e culturais, dentre outros, que sempre foram o fiel da balança quando se fala em cidadania e garantias constitucionais, mormente nos países periféricos, que é o caso brasileiro, mas que a herança positivista e — por que não? — “dogmatista” nos tem levado a negar essa realidade.

E assim, o processo continua sendo tratado em muitos casos, como a fria, *adjetiva* e simples aplicação do direito material, aquele sim, como “apto a tratar das abstrações do comportamento e relações humanas”...

Continua a prevalecer o abstrato sobre o concreto, a teoria sobre a prática, esquecendo-se da práxis, que é justamente, numa explicação simplificada, a conjugação dos dois primeiros elementos. E o acusado, que deveria ser a maior preocupação, continua, muitas vezes (e é o suficiente!) a ser tratado apenas como mais um “objeto” (indispensável) do processo penal, este, como caminho a perseguir até o alcance da meta final: a fiel aplicação da Lei (ou da pena?).

Capítulo III

A relação (in)constitucional: processo penal e seus protagonistas

3.1. O “saber-poder” no processo penal

Saber e poder. Duas palavras que, unidas num propósito político-filosófico, servem de mote à análise com a qual se pretende concluir o presente trabalho.

O estudo que será empreendido a partir de agora guardará uma certa relação com categorias “pisadas e repisadas” pelo preconizador da expressão *saber-poder* (pelo menos no sentido que aqui se adotará), Michel Foucault, bem como por todos aqueles que se aventuraram a desfiar o novelo teórico que o filósofo apresentou nas suas análises do sujeito individual e coletivo, a partir da atuação generalizada do poder como causa mesma das relações de força, onde o saber exerce papel tanto catalisador como também moderador e inibidor no referido processo.²⁵²

E diz-se “uma certa relação”, porque não se pretende aqui teorizar exaustivamente a respeito das categorias foucaultianas para se retornar ao

²⁵² - Essa designação, “saber-poder”, que freqüentará todo o estudo a seguir, fora preconizada por MICHEL FOUCAULT, onde o filósofo francês destaca a relação dialética existente entre o saber como fonte de poder e o poder, que produz saber, e dele necessita para ser efetivamente exercido. “*Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder*” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 5. ed., Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 30). Especificamente quanto ao processo penal, ver também sua obra *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1996, 158 p.

objeto do presente trabalho, que é o direito constitucional do processo penal (para o que, aliás, far-se-á uso de estudos — nem sempre convergentes — de autores como François Ewald, Clèmerson Clève e Ronaldo Porto Macedo Júnior).

Na verdade, um estudo até mesmo perfunctório de todas as categorias e nuances que envolvem a análise do poder em Foucault demandaria, quando pouco, todo um capítulo específico, e fatalmente haveria uma quebra no raciocínio aqui empreendido.

Não obstante, é preciso esclarecer, também, que, mesmo na utilização das categorias foucaultianas, não se pretende aqui, empreender uma análise da relação de poder entre os protagonistas do processo penal com fidelidade absoluta ao que Foucault demonstrou de sua teorização sobre as implicações do poder.

O que se fará, não fiquem dúvidas, é uma verdadeira apropriação da leitura daquele filósofo e suas categorias, com uma pretensão interfacial até a prática dos atores do processo, sob um ponto de vista da observação pragmática da Constituição. Essa leitura é possível? Acredita-se que sim. O que não se pode garantir é que essa leitura irá coincidir com as interpretações, dadas pelos estudiosos, ao estudo de Foucault e suas teorias.

Na verdade, o estudo de Foucault sobre o direito parece ter se voltado mais para as relações do Estado, por um lado, e para a criminologia, por outro. Quanto a esta, verifica-se a atenção foucaultiana, mais especificamente, quando tratou do nascimento e da história da violência nas prisões, em *Vigiar e Punir* e um pouco, ainda, da ritualística jurídica em geral, em *A verdade e as formas jurídicas*.²⁵³

²⁵³ - Obras citadas na nota anterior.

Pouco tratou o estudioso francês do processo penal, e a Constituição (referindo-se, no mais das vezes à francesa), é mencionada em seus estudos em alguns momentos apenas como referência histórica de cunho exemplificativo de outros temas.

Assim, é certo que até mesmo o próprio Foucault poderia discordar das apropriações que doravante serão feitas em relação a suas categorias e análises. Não obstante, o que é mais certo, é que, pela demonstração dada em suas obras, o filósofo, mesmo discordando das conclusões, não discordaria jamais, do direito que aqui se usará, de empreender o raciocínio.

Por isso mesmo, e por outras razões que serão apresentadas, não se veja Foucault como a base teórica de todo o Capítulo III; seja ele visto, isto sim, mais como um auxílio teórico (às vezes retórico) à discussão sobre a qual se assume, aqui, a responsabilidade de lançar.

Inicialmente, há que se pensar no poder.

Quando se fala em poder, a primeira impressão que pode tocar o leitor fica relacionada com o poder institucionalizado, seja pelo aspecto jurídico, no qual, pelo argumento da legalidade (já tão mencionada no Capítulo I), o Estado lançaria mão da distribuição desta prerrogativa entre os seus representantes, fosse através da jurisdição, da competência jurisdicional ou administrativa, da legitimidade formal etc.; fosse ainda pelo aspecto econômico, não menos institucionalizado (numa política neoliberal), onde esse poder deixa de ser prerrogativa para alçar o grau de privilégio, concedido também, às vezes, pelo Estado mesmo, sempre com o argumento da legalidade (muitas vezes em detrimento ou indiferença sobre a legitimidade)²⁵⁴, através de leis que viriam a beneficiar as classes mais abastadas, o que, para citar alguns exemplos,

²⁵⁴ - V. a análise apresentada no item 1.1.2. *Sobre o papel da Constituição*, p. 8, do presente trabalho, e, mais especificamente, sobre a opinião de Hermann Heller, p. 17.

caracterizaria ações como os famigerados empréstimos via BNDS, o famoso PROER, o caso dos Bancos Marka e FonteSindan, a impunidade institucionalizada dos crimes de colarinho branco etc.; fosse, ainda, num terceiro momento, pelo aspecto econômico mesmo, agora sem o amparo institucional, mas pela própria mecânica do sistema capitalista verticalizante, gerador, no Brasil, de um dos maiores contrastes sócio-econômicos do planeta, o que impõe às classes menos favorecidas a aceitação do poder sobre elas impingido pela ação, omissão ou até mesmo indiferença das classes mais abastadas.

O que fora apresentado no parágrafo anterior, como se disse, poderia representar o raciocínio natural do operador do Direito acostumado à lógica formal da qual está impregnado o pensamento jurídico atual, do que, em continuação, pensaria também, em sendo o caso, numa forma de combate àquelas relações de poder através da legislação e das técnicas político-jurídicas de distribuição de justiça bem como das técnicas político-econômicas de distribuição de renda.

Não chega a ser um raciocínio equivocado, para o qual aliás, tem havido insistência heróica pela doutrina jurídica preocupada com uma sociedade mais justa a partir do que o Direito pode fazer, apesar de se saber que o Direito não é o único caminho, nem talvez o melhor.

Mas, mesmo não sendo um raciocínio equivocado, se se partir de uma ótica foucaltiana, ver-se-á que aquele raciocínio é insuficiente.

O raciocínio jurídico formal vê o poder como uma prerrogativa ou um privilégio; algo palpável que se passa de mão em mão seja sob os auspícios da lei, seja pela situação econômica ou pelo viés da tradição hereditária.

Em Foucault, o poder não é uma "coisa", ou seja, algo palpável, mas sim, uma "relação" dinâmica própria dos conflitos individuais ou sociais.

Na sua genealogia do poder, Foucault procura explicar a origem e o desencadeamento histórico das relações que levam à manifestação do poder enquanto elemento essencial da relação mesma.

Fugindo da visão maniqueísta do bem e do mal, Foucault nos apresenta na sua genealogia do poder, um quadro que se pretende realista quanto às relações de força geradoras do poder. Na linguagem de EWALD, a genealogia *é uma arma contra o poder, contra todos os poderes. Uma arma criada e inventada para o combater. É a arma dos deserdados. Neste campo, a genealogia opõe-se à dialética. Denuncia seu ponto de vista totalizante e redutor. Ela não esquece que a dialética é também uma arma para o poder. Suspeita das suas maneiras de negação que conservam, do seu modo de integrar os opostos. Nas suas constantes reduções não vê senão outras tantas maneiras de dominar e se apropriar do poder, de maneira sempre humana, sempre demasiado humana. Como se não fosse mais do que a sua derradeira máscara, a mais subtil e mais astuciosa talvez. Ao contrário, a genealogia encara o poder tal como ele é, quer dizer, tal como ele se exerce. Não procura explicá-lo, nem no-lo tornar familiar, desmonta-o.*²⁵⁵

Essa ótica de Ewald, que foi, por anos a fio, um assessor do filósofo francês, pretende derrubar a idéia (em Foucault mesmo) de que os críticos do poder seriam necessariamente contrários a ele. Quer dizer, sendo o poder uma coisa palpável (o que a dialética marxista, por exemplo, iria materializar por intermédio das relações econômicas), essa coisa só poderia ser criticada por aqueles que não a detinham, ou melhor, seus críticos seriam justamente os contrários ao poder, os oprimidos pretendentes de uma quebra deste poder como causa da quebra da opressão. Em outras palavras: só seriam críticos do

²⁵⁵ - EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993, p. 27.

poder econômico, v.g., aqueles que não detivessem poder econômico algum, sendo, via de consequência, vítimas desse poder; só seriam críticos do poder político, os que estivessem fora do âmbito daquele poder, sofrendo sua interferência, e assim por diante.

Na visão foucaultiana, esse raciocínio maniqueísta, mascaradamente dialético, seria uma redução insuficiente no estudo do poder.

Explica-se. Ainda a partir de EWALD, em Foucault *quando se trata do poder, há três perspectivas e não duas como se poderia pensar: não só a dos que o exercem e a dos que o combatem, mas a dos que exercem, a dos que queriam exercê-lo e a dos que o sofrem. Não é por se falar contra o poder que se fala com aqueles que o sofrem.*²⁵⁶

A forma genealógica portanto, como Foucault coloca o poder, pretende-se relativamente neutra a partir de uma abordagem histórica da formação do poder e das técnicas de utilização/reprodução do mesmo, conforme as palavras do próprio FOUCAULT: *chamemos provisoriamente genealogia o acoplamento do conhecimento com as memórias locais, que permite a constituição de um saber histórico das lutas e a utilização deste saber nas táticas atuais.*²⁵⁷

E se disse que a genealogia pretende-se “relativamente neutra” porque numa primeira impressão a análise pode parecer estar declarando essa neutralidade, como que na busca de uma verdade absoluta, através de uma teorização que aponta para todos os lados pondo-se à margem da própria infiltração.

Mas não chega a ser assim a intenção buscada por Foucault. Se se pretende combater o poder pela análise genealógica, deve-se admitir, também,

²⁵⁶ - Idem, p. 26.

²⁵⁷ - FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, p. 171.

estar-se envolvido nele, estar-se envolvido por ele e assim, combatê-lo tanto exteriormente quanto de dentro para fora.

É aí que se pensa nesse trabalho, numa inserção proveitosa da atuação dos operadores do Direito. O poder não está nas mãos do juiz contra o acusado; nem do representante do Ministério Público contra aquele, mas, está sim, enfeixado nas relações tecno-burocráticas que envolvem tanto a lei mesma, quanto o juiz, promotor de justiça, serventuários, advogado, acusado e sociedade, relações nas quais, evidentemente, a parte mais fraca (geralmente em função da menor proporção de saber, o que será visto adiante) sempre acaba sofrendo as conseqüências do poder.

Mas, segurando um pouco o avanço na relação saber-poder, prossiga-se na tentativa de entender o raciocínio genealógico como negação da pretensão científica, como negação da imposição da verdade absoluta, e por isso mesmo, sempre em confronto com os efeitos que até mesmo na teorização, são advindos das relações de poder. Sim, porque impor um saber é impor um poder. Assim, apesar da extensão, indispensável a advertência de FOUCAULT: *Nesta atividade, que se pode chamar de genealógica, não se trata, de modo algum, de opor a unidade abstrata da teoria à multiplicidade concreta dos fatos e de desclassificar o especulativo para lhe opor, em forma de cientificismo, o rigor de um conhecimento sistemático. Não é um empirismo nem um positivismo, no sentido habitual do termo, que permeiam o projeto genealógico. Trata-se de ativar saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados, contra a instância teórica unitária que pretenderia depurá-los, hierarquizá-los, ordená-los em nome de um conhecimento verdadeiro, em nome dos direitos de uma ciência detida por alguns. As genealogias não são portanto retornos positivistas a uma forma de ciência mais atenta ou mais exata, mas anti-ciências. Não que reivindiquem o*

*direito lírico à ignorância ou ao não-saber; não que se trate da recusa de saber ou de ativar ou ressaltar os prestígios de uma experiência imediata não ainda captada pelo saber. Trata-se da insurreição dos saberes não tanto contra os conteúdos, os métodos e os conceitos de uma ciência, mas de uma insurreição dos saberes antes de tudo contra os efeitos de poder centralizadores que estão ligados à instituição e ao funcionamento de um discurso científico organizado no interior de uma sociedade como a nossa.*²⁵⁸

E conclui a explicação: *Pouco importa que esta institucionalização do discurso científico se realize em uma universidade ou, de modo mais geral, em um aparelho político com todas as suas aferências, como no caso do marxismo; são os efeitos de poder próprios a um discurso considerado como científico que a genealogia deve combater.*²⁵⁹

O cuidado portanto, numa análise genealógica, deve incidir sobre o discurso institucionalizado, o discurso que, a pretexto de representar a opinião científica num determinado contexto, e justamente por deter esse significado, representa um elemento decisivo nas relações de poder, sendo que as instituições passam a fazer uso desse discurso quase que em grau absoluto, abusando do *status* de ciência que o mesmo contém. Mas isso, doravante, será observado pontualmente.

Prosseguindo, pode-se dizer que, utilizando-se do raciocínio genealógico, portanto, seguindo sua linha de estudo das relações entre o saber e o poder, bem como seus efeitos sobre o sujeito, Foucault nos coloca diante do que chama de *tecnologia política do corpo*, uma anatomia menos preocupada com o funcionamento mesmo do corpo e mais preocupada, isto sim, com a forma de exercer uma interferência mediata naquele funcionamento,

²⁵⁸ - Idem.

²⁵⁹ - Idem. Ibidem.

forma esta menos biológica e mais política, pelo exercício da disciplina, por exemplo, e por isso: "tecnologia política do corpo".

Essa tecnologia, como nos mostra o estudioso, *apesar da coerência dos seus resultados, ela não passa de uma instrumentação multiforme. Além disso, seria impossível localizá-la, quer num tipo definido de instituição, quer num aparelho do Estado. Estes recorrem a ela; utilizam-na, valorizam-na ou impõem algumas de suas maneiras de agir. Mas ela mesma, em seus mecanismos e efeitos, se situa num nível completamente diferente. Trata-se de alguma maneira de uma microfísica do poder posta em jogo pelos aparelhos e instituições, mas cujo campo de validade se coloca de algum modo entre esses grandes funcionamentos e os próprios corpos com sua materialidade e sua força.*²⁶⁰

Nesse sentido (é preciso situar o leitor), quando se colocar doravante (como aliás, já foi feito em páginas anteriores), quer o juiz, quer o promotor de justiça ou qualquer operador do Direito diante de uma situação de opressor, "dotado" de um poder que se impõe à custa do sofrimento do acusado, isto não irá querer significar, necessariamente, que exista uma intenção malévola, opressora, tirânica, da pessoa mesma seja do juiz ou qualquer outro. A crítica recairá sobre a forma como se coloca a sistemática institucional e por conseguinte processual, que acaba por envolver os operadores do Direito numa trama da qual nem mesmo os mais "bem intencionados" chegam a perceber a possibilidade de escapatória, até porque, muitas vezes (mas nem sempre) sequer percebem a sua inserção.

Por isso, combater uma atitude opressora do promotor de justiça, v.g., vítima às vezes de uma sede acusatória sobre os incautos que lhe são submetidos, não é, necessariamente, combater a pessoa do promotor em

²⁶⁰ - FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir...*, p. 28-29.

questão, nem mesmo até, a instituição Ministério Público enquanto órgão estatal criador da mentalidade questionada, o que poderia também acontecer, é verdade... Mas o mais importante, pela lógica que será emprestada do pensamento foucaultiano, é que essa opressão, essa forma de exercício do poder, vem de uma mentalidade impregnada na sociedade como um todo, manifestando-se em focos nos quais estão inseridos representantes do Estado, mas que também se relacionam com outros focos donde os próprios cidadãos (aqui os acusados) muitas vezes contribuem para que sobre eles se exerça tal poder.

Assim é que se apresenta o poder menos como coisa apropriável e mais como *relação* oriunda de técnicas, manobras, táticas, disposições e funcionamentos envolventes das relações sociais. A recondução do poder da classe dominante, por isso tudo que fora demonstrado, pode advir da ação ou omissão própria classe dominada.²⁶¹

No mesmo sentido, é a análise elaborada por MACEDO JUNIOR: *O poder não é algo localizado no topo de uma hierarquia da qual se derivaria, mas é algo difuso, disperso na trama social. Contudo, contrariamente a um funcionalismo à la Parsons, o poder não tem essência, não é concebido como uma propriedade (não é como dinheiro que dá poder a quem o possui), nem está localizado em algum lugar. Ele é concebido como uma estratégia. O poder disciplinar descrito em Vigiar e Punir não se identifica a uma instituição política ou aparelho de Estado. Trata-se de um tipo de configuração de poder que perpassa as instituições e discursos, como uma espécie de tecnologia. O poder não tem essência, é apenas uma relação.*²⁶²

²⁶¹ - Idem, ibidem.

²⁶² - MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Foucault: o poder e o direito*. In : *Tempo social; Revista sociológica*. São Paulo: USP, 1.º sem., 1990, p. 158.

Daí portanto, as inevitáveis questões: Então o presente estudo pretende chegar ao ponto de que o acusado tem culpa pela inobservância de seus direitos fundamentais, pelos operadores do Direito? Ou, se todos são responsáveis, ou, “culpados”, na relação de poder opressão, o presente estudo passa a ser inútil, não podendo sequer exigir a observância estrita da Constituição no processo penal, porque todo o sistema, inclusive a Constituição mesma, atua no sentido de que ela própria não seja observada?

Não. Primeiro entende-se aqui, e isto tem sido demonstrado ao longo de todo o trabalho, que, se pode haver uma instância a partir do Direito para coibir abusos, evitar indiferenças e controlar o exercício do poder dentro do processo penal, essa instância é a Constituição, e, mais do que um elemento jurídico de imposição legalista de condutas, a Constituição, enquanto carta política, é também a declaração de um pensamento, de uma postura histórico-cultural. Daí que a Constituição, pela sua natureza mesma, transcenda os limites institucionais da legalidade, que aliás, ela mesma instituiu.

Por outro lado, admitir que os operadores do Direito podem também ser vítimas do poder que acabam por exercer, justamente porque esse poder não é de sua criação, nem de sua posse, mas faz parte da relação na qual estão envolvidos, não significa necessariamente admitir que esses operadores não possam ou não estejam habilitados a combater esse poder, e, aí sim, pensar numa relação mais justa.

É que o exercício do poder, como já se mencionou, está relacionado, agora sim, com a detenção, manipulação, sujeição, produção, e tantas outras atitudes e questões relacionadas com o saber. Pensa-se, portanto, aqui, que, se é a partir do saber que o poder se exerce e que produz mais saber numa continuidade, é também a partir do saber que o poder deve ser combatido.

O poder não se detém, mas o saber sim, e da sua mecânica advém o controle sobre as relações de poder, controle este que, se não chega a ser absoluto, pode ser administrável. Mas esse controle não é individual, quer dizer, o sujeito não pode controlar o poder através do seu saber. É preciso que o combate incida sobre os processos, as relações, os meios de produção-reprodução de saber-poder, para que haja então um combate realizável.

Vê-se em FOUCAULT: *Temos que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder.*²⁶³

Assim, antes de tentar interferir diretamente na mentalidade individual de cada operador do Direito, a idéia é indicar alguns focos de produção, institucionalização e reprodução de saber-poder onde os operadores do Direito, tendo (como têm) acesso, poderão participar do combate. É o que se conclui a partir da explicação de FOUCAULT: *Resumindo, não é a atividade do sujeito de conhecimento que produziria um saber, útil ou arredo ao poder, mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento.*²⁶⁴

Mas em que consiste o saber?

Em Foucault, o saber seria uma composição relacional entre dois elementos: o *visível* e o *enunciável*. O visível seria colocado diante do observador como uma instância tanto inicial apresentadora como final justificadora do enunciável. O visível, aqui, poderia ser identificado com o

²⁶³ - FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 30.

²⁶⁴ - Idem, *ibidem*.

discurso, e o enunciável o que há por detrás do discurso de forma a lhe garantir o exercício de seu poder de persuasão. Cita-se como exemplo a prisão (como visível) e o Direito Penal (como enunciável); pode-se citar o juízo (como visível) e a jurisdição (como enunciável).

Nesse sentido, o juízo sem a jurisdição nada mais seria do que uma instância sem função determinada e inútil na relação de poder. A partir do momento que aparece a jurisdição, enunciando o âmbito de poder estatal (e se usa o âmbito estatal dada a abordagem deste trabalho), esta justifica e é justificada pelo juízo apresentando-se como saber criador de poder. Este poder, por sua vez, reproduz o saber gerando ainda mais poder sobre a jurisdição mesma. Assim, MACEDO JUNIOR acrescenta, citando Deleuze: *“se o saber consiste em entrelaçar o visível e o enunciável, o poder é a sua causa pressuposta, bifurcação, inversamente, o poder implica o saber sem o qual ele não passaria a ato”*. (...) *O saber é, portanto, uma relação entre duas formas (o enunciável e o visível) mediante a configuração de poder, o qual, ele mesmo, não é uma forma. O saber pertence ao domínio do arquivo, ao passo que o poder pertence ao domínio do diagramático.*²⁶⁵

Então, se o processo penal assume a forma diagramática de produção de poder da jurisdição, serve aquele de processo de estabilização do poder na jurisdição. É aí que o Estado, em vez de ser a origem da relação de poder (p. ex. juiz/acusado) passa a ser um *mecanismo operatório* do poder, deixando de ser Estado-juíz para impor uma prática de estatização sobre as ações dos protagonistas do processo.

Assim, não sendo o Estado a origem do poder, mas uma espécie de curva que reúne pontos singulares (o processo, a jurisdição, os atores) o

²⁶⁵ - MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Op. cit., p. 160.

mesmo admite uma multiplicidade de forças em relação, incidindo numa verdadeira *pragmática do múltiplo*.²⁶⁶

Nessa relação, onde entraria a norma foucaultiana?

A norma entra na relação de poder como um signo destinado a unificar o corpo social, uma medida comum. Fazendo-se um plano com o visível e o enunciável, poder-se-ia pensar no direito e na norma (sob a ótica foucaultiana) visando a normalização social. O Direito (lei ou sistema de leis), em Foucault, nada mais é do que um instrumento a mais no mascaramento das relações de poder. A norma, por sua vez, como mandamento contido na lei ou como impressões guardadas no senso-comum, exerce sua função etimológica (de esquadro), como que a traçar linhas e ângulos retos a seguir objetivando a unificação do corpo social. Trata-se da criação ou da indução à criação do chamado “homem médio”. Essa unificação é o que Foucault passa a chamar de “normalização”. A normalização, pela norma disciplinadora é que passa, em vez de modelar indivíduos, a criá-los na forma consequencial das relações de poder que aquela representa. Mas esses indivíduos criados não formam individualidades isoladas, formam, isto sim, um conjunto aparentemente uniforme, mas, na realidade, disperso, pois de massa sem individualidade.

Desta forma, encontra-se o equilíbrio social através da norma (que pode estar ou não contida no Direito)²⁶⁷, equilíbrio este garantido hegemonicamente pela perda disciplinada da individualidade. Veja-se o

²⁶⁶ - Idem, p. 161.

²⁶⁷ - É preciso deixar claro que a norma, em Foucault, não é exatamente a norma jurídica que se conhece dos manuais de Introdução ao Direito (embora possa coincidir com ela, em alguns casos). A norma, em Foucault, pode estar contida em parâmetros legais, como também em padrões morais, sociológicos, antropológicos, religiosos etc.. Nesse sentido, as relações de poder no direito ganham força através desses padrões, já que, sob o argumento da legalidade, legitimam-se preconceitos, mitos etc. É a chamada normalização foucaultiana, algo como, numa análise mais simples, chamar-se-ia de senso-comum.

raciocínio de CLÈVE a respeito: *A lei designa o sujeito (de direito), enquanto a normalização sujeita o objeto (do exercício disciplinar); a primeira cimenta-unifica o corpo social encampando no imaginário jurídico o discurso do povo-nação; a segunda fratura, atomiza a totalidade social individualizando os corpos; a lei fala em nome do direito; a normalização fala do que é “natural” e cotidiano; a lei é visível, e sua visibilidade é essencial à sua funcionalidade; a normalização é imperceptível, “não existe”; o discurso da lei emana de um único lugar centralizado; o discurso das disciplinas provém de múltiplos lugares, de pontos periféricos, moleculares e pulverizados (concentrando-se também no estado).*²⁶⁸

Portanto, enquanto o Direito, a lei, têm o propósito de tornar aceitável o exercício do poder, dado o mascaramento da ordem através de uma imposição aparentemente a todos vinda de um órgão também aparentemente neutro (o Estado) a normalização passa a ser a criação natural de regras, de técnicas, de modos de padronização dos comportamentos individuais de modo a torná-los, cada, um corpo único, perdido no conjunto, e sem individualidade, e, por isso mesmo, sendo num mesmo sentido, menos perigoso.

Voltando ao objeto do presente trabalho, há que se ressaltar que no processo penal o que faz causar a inobservância da Constituição (que não se vê aqui como a lei foucaultiana, porque meio possível de combater a hierarquização; porque democrática) não é exatamente a imposição estatal, mas a normalização atuando sobre os comportamentos dos atores do processo.

A relação de poder aqui, passa a sacrificar o cidadão acusado na medida que o padrão (norma) considerado em relação a si, bem como em relação aos operadores do Direito (mormente o juiz e o promotor de justiça)

²⁶⁸ - CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica: Curitiba: Scientia et Labor, 1988, p. 104.

conduz-se sob a ótica da hierarquização não só institucional como também moral, política e social. O juiz, na ótica normalizadora comum, ou seja (para usar uma terminologia menos foucaultiana), na cultura popular, é sempre o homem austero, rígido, justo, mas mais que isto, é o homem bom, a “autoridade superior” — a redundância é proposital —, o símbolo do sucesso social. O promotor de justiça é sempre o paladino da ordem, o “mocinho”, aquele acima de qualquer suspeita, que jamais mente, e assim por diante. Quem é o advogado? Depende de que lado está. Quando atua na defesa de alguém considerado “bandido” pela sociedade é (insista-se, na visão normalizada) tão bandido quanto quem defende, um mentiroso ou, quando pouco, um dissimulado e oportunista, defensor daquele que deveria ser extirpado da convivência comum.

Destarte, enquanto a lei prega, num discurso meramente declarado, a recuperação e a ressocialização; a normalização foucaultiana nos leva à segregação, porque o acusado fugiu ao padrão do homem médio, que aliás, está num degrau inferior ao juiz e ao promotor, que são mais que homens médios...

Na medida em que os operadores do Direito aceitam essa normalização é que se opera a inobservância da condição fundamental e constitucional da dignidade humana do sujeito passivo do processo penal.

É a partir daí que se prosseguirá no presente estudo. Se se deixar a linguagem da filosofia foucaultiana doravante, e, se houver uma economia nas citações do filósofo, far-se-á no sentido de trazer a linguagem mais para o campo jurídico e torná-la mais acessível ao leitor não iniciado nas questões jusfilosóficas.

Não obstante, entendidas as considerações iniciais, fica mais fácil o acompanhamento do raciocínio que se pretende a seguir.

Procurou-se uma introdução esclarecedora do caminho a ser percorrido, inclusive, tentando uma simplificação na terminologia geralmente empregada nos estudos sobre o tema. Para um aprofundamento, ficam as obras referidas.

Por isso mesmo, que o raciocínio que será empreendido neste Capítulo Terceiro haveria de ser aceito pelo filósofo francês, já que os padrões postos pela genealogia do poder não são propriamente padrões, mas aberturas sem pretensão absoluta, colocadas à disposição de um raciocínio complementar.

3.1.1. O Magistrado: do “poder-dever” ao “saber-poder”

Chega-se, no tópico presente, à análise da posição do julgador no processo como ente fundamental na racionalização do poder inerente à relação processual, ou relação jurisdicional aqui, no sentido de “relação entre juiz e demais partícipes do processo”, relação esta direcionada do primeiro aos demais, por isso, optou-se pelo termo jurisdicional.

A idéia é chegar ao ponto de que é possível pelo juiz administrar racionalmente o processo, sem deixar-se levar pelo saber-poder inerente a sua relação com os demais atores, e, conseqüentemente, atingir a meta colimada que é nada menos do que o ideal de justiça.

E justiça, aqui, implica no tratamento humanitário do cidadão em julgamento no processo penal, tratamento igualitário das partes envolvidas neste processo e julgamento (na medida do razoável) despido de preconceitos, portanto, o mais próximo possível do ideal de neutralidade e imparcialidade, através de um procedimento racional e pautado no contraditório.

Assim, para se chegar ao ponto objetivado e estabelecer a análise necessária da influência do saber-poder no processo penal, há que,

inicialmente, fazer-se uma incursão em alguns conceitos que estão intimamente relacionados com as relações de saber e de poder dentro do processo, quais sejam, a *jurisdição* e a *judicialização*, este último conceito, que se adota no presente trabalho a partir da idéia de *burocratização* do juiz, estudada pelo mestre argentino Eugênio Raul Zaffaroni, o que será melhor explicado no momento oportuno.

3.1.1.1. Sobre o conceito de jurisdição

O conceito de jurisdição, bem como as características da função jurisdicional costumam vir, na doutrina, precedidos da explicação referente à atuação do Estado no sentido de coibir, evitar e desestimular a autotutela, bem como, e, via de consequência, garantir a segurança social através da prestação tendente a dirimir os eventuais conflitos que envolvem a sociedade e seus membros, tudo isto, numa palavra, através da prestação jurisdicional.

É claro que a autocomposição é tida como meio plenamente aceitável (e não só, mas também incentivado) na resolução das questões envolventes do corpo social em todas as suas esferas, até porque, não poderia jamais o Estado impedir que os cidadãos mesmos, sem interferência estatal, transigissem sobre suas divergências. No entanto, impossibilitada ou prejudicada a autocomposição seja por desinteresse de qualquer dos envolvidos, seja por dificuldades intelectivas, técnicas ou jurídicas, inerentes à própria questão, não poderia o Estado (esse é sempre o argumento!) permitir que o insucesso na autocomposição se convertesse em autotutela, ou seja, a iniciativa, pelo particular, de fazer justiça com as próprias mãos.

Daí que, nos casos de insucesso ou impossibilidade de autocomposição, o Estado, num ato substitutivo das partes, impõe o caminho a ser seguido, como resposta à questão que lhe é submetida. É a linha de CHIOVENDA, que

define a jurisdição como *a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.*²⁶⁹

Mas o conceito de jurisdição está ligado a uma série de nuances que o caracterizam (e que muitas vezes desvirtuam a sua pragmática interpretativa), desde o ponto de vista histórico, até o ideal de justiça hodiernamente propalado como um dos escopos básicos dessa função estatal.

Num primeiro momento, costuma-se relacionar o conceito de jurisdição com o *jus dicere*, donde o juiz estabelece, dita, diz (*dicere*) uma regra (*ius*) visando a resolução de um conflito particular.²⁷⁰

O sentido da jurisdição, então, na linha romanística (*jus dicere*), compreende uma função criativa, onde o juiz não atua apenas como um aplicador da lei, mas sim, quase como que um legislador do caso concreto. Resolver questões, apontar soluções, aqui, implica criar normas a partir do direito posto, num ato de complementação criativa do direito que já existe. Sim, pois mesmo sendo criativa, no direito romano, a função jurisdicional pressupunha uma norma anterior. Nessa linha, esclarece TUCCI, mencionando obra de Carlo Gioffredi: *determinada a significação de dicere, na vida jurídica, como a declaração solene, a pronunciação formal, com efeito vinculante, encontrada nos mais variados atos jurídicos, e caracterizante do mais antigo Direito Romano, quando a oralidade e a solenidade da expressão vocal basificavam e conferiam certeza ao Direito, — enfatiza-se,*

²⁶⁹ - CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, p.8.

²⁷⁰ - Sobre o tema, e seu desenvolvimento e evolução históricos, v. TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatski, 1976, p.59.

*em seguida, que, por isso, a palavra que aquela acompanha — ius — não poderia ser concebida como o princípio jurídico preexistente e aplicável à resolução da controvérsia, que o magistrado enunciava, mas, precipuamente, o regime jurídico por ele estatuído...*²⁷¹

Destarte, pode-se inferir que na concepção romanística de jurisdição, a norma preexistente, embora tida como elemento nascido com vistas à resolução dos conflitos particulares, não estaria completa sem a atuação do julgador, investido da função jurisdicional, para dar-lhe o sentido final necessário à resolução perseguida.

Nesse sentido, o próprio TUCCI acaba por entender que a jurisdição pressupunha um sistema autônomo de normas jurídicas, que — complementa-se aqui —, a partir da atuação jurisdicional, seriam completadas à luz dos fatos trazidos no caso concreto.

Estaria aí posta a jurisdição como função criadora na administração da justiça, ou seja, o *dicere* criador, complementando a norma com vistas à consecução da solução mais justa, o *ius*.

Partindo disso, e ainda com Tucci, chegar-se-ia à conclusão de que, nas origens do instituto estudado, ou seja, na romanística antiga, não haveria atuação jurisdicional no direito penal, já que neste, não se tratava de uma resolução de conflito particular, mas sim, de imposição de sanção ou absolvição, ademais, nem sempre era o juiz (e aí se volta à investidura e estatalidade) quem impunha tal sanção ao considerado criminoso, cabendo-a, algumas vezes, à decisão popular.²⁷² Para um melhor entendimento, vejamos o raciocínio do próprio TUCCI: *Realmente, no Direito Penal, nesse antanho, mesmo quando da administração da justiça cuidava, solitariamente, o*

²⁷¹ - TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos...*, p. 60.

²⁷² - O julgamento de Cristo foi um exemplo disto. Segundo a História Bíblica, Pilatos apenas referendou a decisão popular pela condenação de Jesus.

*magistrado, ao invés da regra estabelecida, apta, inclusive, a aparelhar a execução da sententia, pelo vencedor, havia lugar, apenas, para uma sanção (que, ademais, só indiretamente podia ser como tal considerada) ou para uma absolvição. Que se dizer, então, quando a decisão era do povo (populus), através de mera votação, — jamais um pronunciamento formal e solene?!...*²⁷³

Assim, o autor citado distingue a jurisdição no direito romano como um *ius dicere*, repita-se, um ato criativo do direito, no sentido de estabelecer, a "razão de cada um", portanto, decidir sobre um conflito entre partes, e por outro lado o mero julgar, sem implicação criativa, ou seja, o *iudicare* voltado às questões penais. De se lembrar, também, que, mesmo no processo civil, nos casos em que a decisão ficava a cargo não de um magistrado, mas de um mediador (*iudex privatus*) escolhido entre as partes, ter-se-ia aí, também, um ato de *iudicare*, já que faltante a função criadora, inerente ao representante do Estado.

Fica portanto estabelecida a diferença entre a função jurisdicional e o mero ato de julgar verificados no direito romano, sendo que, aquela primeira, exclusiva da esfera civil e a segunda inerente ao direito penal. Enquanto a jurisdição implicava na solução de uma lide, de forma a dizer o direito inerente à sua resolução (*iurisdictio*), a função julgadora (*iudicare*, que, via de regra, se exercia por atuação do *imperium* -- prerrogativa da autoridade judiciária) limitava-se a impor uma sanção (*coertio*) nos casos penais que eram submetidos ao julgador.

Finalizando, portanto, com TUCCI, tem-se a clara diferenciação entre a jurisdição e a mera decisão, sendo que *enquanto o ius dicere se revelava por meio de um procedimento complexo, caracterizado por uma declaração solene que, precedente à indagação da veracidade dos fatos alegados pelos*

²⁷³ - TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos...*, p. 61.

*litigantes, definia, à luz de princípios jurídicos preconizados pelo magistrado pronunciante, a controvérsia submetida à sua apreciação; iudicare, — tal como, sempre, usado nas fontes, com relação à justiça penal, — consubstanciava-se, simplesmente, no ponto culminante de um mecanismo prático de resolução, a que de todo alheio o senso próprio de iudicium.*²⁷⁴

Claro está, portanto, que na romanística antiga não havia lugar para a jurisdição na esfera penal, cabendo ao juiz, ali, apenas aplicar uma sanção ao então considerado culpado, o que não se entendia como ato jurisdicional.

Entretanto, em minucioso estudo, JACINTO COUTINHO, demonstra que o jurista italiano Francesco Carnelutti (considerando a distinção até aqui apresentada) haveria de concordar com o precedente doutrinário da romanística antiga, já que este autor conservou o entendimento de que a jurisdição pressupunha a lide, e, que não havendo exatamente (no seu entendimento) o que se conhece por lide, no processo penal, não se diria, também, da existência da jurisdição.

Assim é que, COUTINHO, analisando a jurisdição a partir de Carnelutti, começa por explicar: *dicere ius* há, por certo, no processo de conhecimento, ou seja, naquele ou naqueles casos em que o juiz exerce uma atividade essencialmente cognocitiva e nos quais, sempre, a finalidade está ligada à *"formação de um comando, complementar ou autônomo, para a composição de uma lide"*.²⁷⁵

E continua:

... a jurisdição, então, é vista como poder, mas também como função processual que se caracteriza pelo juízo (giudizio) e pelo juiz (giudice), o órgão de atuação. Quando labora na função, o faz no sentido do ius dicit,

²⁷⁴ - Idem, p. 66.

²⁷⁵ - COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, p. 33.

*após conhecer a lide e atuar a lei. (...) O gênero processo de conhecimento, portanto, não só hospeda a função processual, como agasalha, por excelência, a jurisdição, que atua para a formação do comando eliminador da lide.*²⁷⁶

Destarte, o próprio COUTINHO aproveita para lembrar Carnelutti no sentido de que, segundo o entendimento desse autor, a jurisdição estaria presente apenas nos casos onde o objetivo se calcasse na composição da lide, sendo que, nos demais, a subsistência do processo limitar-se-ia em fins acessórios, eis que inexistente o conflito de interesses, configurando-se assim, um processo sem lide, de natureza meramente administrativa, e acrescenta: *Com isso excluir-se-ia desde logo a jurisdição onde essa atuasse obrigatoriamente, por imposição legal, independentemente de acordo — juridicamente irrelevante — entre as partes. Trata-se, obviamente, de algo compreensível mas inaceitável.*²⁷⁷

Não há como fugir da lógica de COUTINHO, nesse sentido, já que a presença da jurisdição na esfera penal seria notável até mesmo se se usasse o pensamento de Carnelutti: a uma, porque, em Calamandrei (cuja linha é seguida aqui, por Coutinho), a pretensão estatal de aplicação da pena não poderia ser efetivada pela via administrativa, carecendo da jurisdição para sobre aquela exercer o devido controle na forma da lei; a duas (agora, aproveitando-nos das idéias de Manzini e Rocco, trazidos por Coutinho) porque, se há a necessidade de conflito de interesses para a configuração da atuação jurisdicional, temos, nas causas penais, o interesse público à punição dos culpados em conflito com o interesse público (também) à defesa da liberdade dos cidadãos.²⁷⁸

²⁷⁶ - Idem.

²⁷⁷ - Idem, p. 41.

²⁷⁸ - Idem, p. 42.

Mas tal raciocínio poderia ser questionado em face da idéia de que uma eventual conciliação de interesses (v.g., um pedido de absolvição pelo M.P., representante, evidentemente, do interesse público) desfigurasse qualquer conflito, e assim, descaracterizasse a jurisdição, até porque, poderia estar descaracterizada a necessidade de aplicação de sanção.

Mas COUTINHO continua convicto, e preciso: ... *é indiferente à atuação jurisdicional qualquer atitude das partes no sentido de conciliação dos interesses: com o conflito ou sem ele -- e isso parece elementar em uma análise prática -- atua para decidir se aplica ou não a sanção penal. (...) Mostra-se necessário recordar e ter sempre em mente a indefectibilidade da jurisdição na esfera penal. Quando se tem como certo que a sanção só tem lugar através da mesma, e de conseqüência, do regular processo, meter a campo um conflito intersubjetivo de interesses para sustentar o conteúdo do processo parece ser uma heresia, por que esse "não tem o escopo de remover um desacordo existente entre acusador e acusado sobre a existência do crime e na medida da pena, sem que o processo perca a sua razão de ser onde esse desacordo seja amigavelmente composto entre os dois litigantes."*²⁷⁹

Como se observa, a importância do trabalho do nobre processualista de Curitiba é notável, eis que a crítica em relação à atuação jurisdicional no processo penal passa muitas vezes por alto na doutrina pátria.

Ademais, na medida em que a jurisdição representa poder, a sua atuação nas causas penais é de importância crucial na linha aqui desenvolvida, já que, enquanto ato meramente administrativo a decisão penal não seria capaz de produzir as conseqüências (muitas vezes definitivas) que produz sem estar sujeita a uma sanção (ela mesma, a decisão) a partir de uma esfera

²⁷⁹ - Idem. Ibidem.

jurisdicional, eis que só a decisão jurisdicional está revestida do aspecto da definitividade, o que se comentará a seguir.

Daí que, o questionamento sobre a decisão penal funda-se, no mais das vezes, no duplo grau de jurisdição, o que é uma lógica mais do que cristalina.

Por outro lado, a atuação humana do julgador no processo penal (mormente nas sentenças) é vivenciada como ato jurisdicional, o que gera na cabeça do julgador uma ação e/ou reação, diferente (porque mais ousada, ou mais responsável, ou mais cuidadosa) do que haveria de gerar se consciente estivesse de estar praticando um ato meramente administrativo.

Desta forma, pode-se acrescentar (Coutinho deixa claro, na linha de Calamandrei), que o conceito de lide não é utilizável na distinção de "jurisdição" no processo penal, porque os interesses não estão disponíveis às partes.

E isto fica óbvio, até porque, numa visão pragmática, primeiro, o processo é indisponível ao Estado "Acusador" (Ministério Público), e, mesmo ao final, com eventual pedido de absolvição, este ainda está submisso ao deferimento (ou não) pelo julgador, que pode impor a condenação, contrariando o pedido ministerial. Ora, a decisão que, contraria o pedido do *dominus litis*, e, impõe uma sanção, penalizando a outra parte, à margem de um ato que, na prática seria quase como que uma composição (um consenso, ao menos) trata-se, no caso, indiscutivelmente, de atuação jurisdicional, fundada num poder criador de situação jurídica nova e independente da vontade das partes, fundada seja no direito, seja na convicção do julgador ou em ambos.

O mesmo se dá quando o acusado, pretendendo ver-se condenado, por reconhecimento de culpa, por exemplo, vê contrariado seu interesse (que aqui estaria coincidindo com o da outra parte, o Órgão Acusador) dada uma decisão

absolutória por insuficiência de provas... Como é sabido, portanto, a própria confissão e o próprio reconhecimento da culpabilidade podem sucumbir diante do poder de decisão do julgador.

A questão, portanto, da existência de atuação jurisdicional na esfera penal parece definida. Siga-se adiante na conceituação do instituto...

ADA GRINOVER, sem entrar na discussão da existência ou não de lide no processo penal (até porque a admite), antecede a conceituação da jurisdição com uma diferenciação entre a função legislativa e a jurisdicional, ambas como subdivisões da função jurídica do Estado. Para a autora, com a função legislativa, o Estado *estabelece as normas que, segundo a consciência dominante, devem reger as mais variadas relações, dizendo o que é lícito e o que é ilícito, atribuindo direitos, poderes, faculdades, obrigações*.²⁸⁰ Portanto, segundo a autora, à função legislativa, inerente à função jurídica do Estado, cabe a criação de normas gerais, de modelos de conduta, tipos genéricos e abstratos, carentes da incidência dos fatos para a verificação de sua efetividade.

De outro lado, portanto, também como desdobramento da função jurídica do Estado, estaria a função jurisdicional, ou seja, aquela que, *consistente na jurisdição, cuida o Estado de buscar a realização prática daquelas normas, declarando, segundo o modelo contido nelas, qual é a lei do caso concreto (processo de conhecimento) e desenvolvendo medidas para que a determinação dessa lei seja realmente cumprida (processo de execução)*.²⁸¹

O processo então, seria um elo de ligação entre a função jurisdicional e a função legislativa, aparecendo aquele, portanto, quando, desviada a conduta da

²⁸⁰ - GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual., São Paulo: RT, 1982, p. 16.

²⁸¹ - Idem, p. 17.

previsão legal, fizesse necessária a presença do Estado para resolver a lide penal, constituída numa *patologia jurídica* em face do não cumprimento de regra preestabelecida através da atividade da função legislativa.

Apresentado dessa forma, chega-se ao conceito de jurisdição a partir de GRINOVER, conceito este que guarda uma certa semelhança com a linha de Chiovenda, já apresentada, como se vê: *É, assim, a jurisdição, uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide, apresentada em concreto para ser solucionada...*²⁸² E conclui a renomada jurista, pela necessidade do processo para a concretização da função jurisdicional, chegando à necessária inserção do *due process of law*, inerente à liberdade do indivíduo, como marco limitador da atividade estatal.

A mesma linha de pensamento, desde o caráter público da função jurisdicional, portanto inerente ao processo penal, já mencionados em Coutinho e Calamandrei, e, da função substitutiva da jurisdição no sentido de solucionar a lide e dar azo ao fim do Estado de ver cumprido o direito objetivo, em Grinover, é adotada, com alguns outros detalhes, por AFRÂNIO SILVA JARDIM. Segundo esse autor, a definição, aqui já apresentada, na linha de Chiovenda, é insuficiente para uma conceituação da função jurisdicional.

JARDIM concorda com o caráter substitutivo das partes na função jurisdicional; concorda ainda com a atuação da jurisdição no sentido de evitar a autotutela, mas, de uma forma geral, calca na **pretensão**, como *exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio, manifestada em juízo através da demanda*²⁸³, o polo metodológico, segundo suas palavras, da teoria da

²⁸² - Idem, *ibidem*.

²⁸³ - JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal; estudos e pareceres*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 10.

jurisdição. Conforme esse autor, a atividade jurisdicional, por ser substitutiva à vontade das partes, pressupõe uma pretensão determinada, e isso é um marco distintivo, embora não seja o único, entre essa função e as funções legislativa e administrativa.

Assim, pode-se dizer, com JARDIM, que a função jurisdicional seria uma função de satisfação de pretensões. Mas que não se incida no erro de pensar que o autor vincule a decisão do magistrado à vontade das partes. A pretensão, aqui, posta em juízo, é satisfeita na medida em que é apreciada e sobre ela se interponha uma decisão que lhe seja ou não favorável.

Procurando definir a função jurisdicional, continua JARDIM apontando outras características inerentes à mesma, tais como a **definitividade** (ex., a coisa julgada) e a **inércia** (*ne procedat judex ex officio*).²⁸⁴

E mais, segundo JARDIM, pode-se reduzir a três, os mais salientes princípios informativos da função jurisdicional: **a) o princípio do Juiz Natural**, atualmente inserido no art. 5º, inciso XXXVII, da CF/88, que prescreve a proibição de foro ou tribunais de exceção, deixando a Constituição como único designador dos órgãos judiciários competentes para o exercício do julgamento de todas as pessoas; **b) o princípio da inevitabilidade**, que *é uma afirmação do caráter público da função jurisdicional. Em sendo ela um reflexo da própria soberania do Estado, impõe-se a todos os seus súditos de forma inafastável. A todos sujeita. A ninguém é lícito se furtar ao poder imperativo do Estado que monopolizou a Justiça e proibiu a composição privada coativa dos conflitos de interesses*²⁸⁵, e **c) o princípio da indeclinabilidade**, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), bem

²⁸⁴ - Idem. p. 13.

²⁸⁵ - Idem, p. 16.

como no art. 126, primeira parte, do CPC, o qual proíbe o julgador de eximir-se de sentenciar sob alegação de lacuna ou obscuridade da lei. Segundo JARDIM, neste terceiro princípio está caracterizada a jurisdição como instrumento de satisfação de pretensões. Aliás, acrescente-se com o autor, tal princípio apresenta-se até como a justificativa para a incriminação da auto-tutela (CP, art. 345), já que, se o Estado proíbe a feitura de justiça "pelas próprias mãos" (do cidadão, evidente)²⁸⁶, deve viabilizá-la através de seus órgãos, bem como obrigar-se constitucionalmente a apreciar e atender às pretensões que lhes são colocadas a julgamento.

Num complemento à classificação principiológica de Jardim, não se poderia esquecer de acrescentar (a despeito da extensão) um elucidativo resumo elaborado em obra lapidar pelo mestre DINAMARCO, que traz ali, uma enumeração na qual pretende contida a síntese referente aos princípios e estruturas fundamentais a prevalecer em todo o direito processual, especialmente no jurisdicional, conforme suas palavras. Nesta enumeração, segundo o autor, estão contidas as garantias constitucionais do processo: *No tocante ao processo jurisdicional, têm-se esses compromissos e limitações assim distribuídos e coordenados com a idéia central: a) o Estado promete proceder ao exame, em via jurisdicional, de toda lamentação que lhe seja trazida com a alegação de moléstia causada a direitos ou interesses juridicamente protegidos (garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional em matéria não-penal); b) promete abster-se da auto-tutela, submetendo-se também ele próprio à ordem processual (seja em matéria repressiva, seja para satisfação de interesses próprios não protegidos pelo*

²⁸⁶ - Isso não exclui a proibição, também, de o Estado administrador, i.e., lançar mão da força para imposição de sua vontade onde não há previsão legal para tanto, o que caracterizaria a coação ilegal, sujeita a sanção jurídica, emanada, por certo, de órgão jurisdicional.

*princípio da auto-executoriedade); c) considera-se condicionado ao ajuizamento de uma demanda do interessado, para poder dar início ao exercício da jurisdição em cada caso (daí o valor da ação, como instituto processual); d) no exercício da jurisdição, reprime a si próprio a emissão de atos imperativos (provimentos) sem ter dado suficientes oportunidades de defesa ao demandado, para equilíbrio entre a situação deste e a do autor da demanda); e) institui e observa normas para o exercício da jurisdição e, com isso, dá realce ao valor processo, ao procedimento e ao contraditório que legitima os atos imperativos impostos.*²⁸⁷

Aqui, se vê clara a importância da jurisdição no contexto processual.

Postas algumas linhas e posições de pensamento, e, considerando que dos conceitos apresentados já se pode extrair uma noção do que seja compreendida a função jurisdicional e qual a sua abrangência, é importante que se acrescente alguns aspetos.

No Capítulo I deste trabalho, analisou-se a função do processo penal, contrariando a posição de alguns autores no sentido de que aquela seria a realização da pretensão punitiva.

O que aqui se argumentou (e essa convicção é serena), foi que, a verdadeira função do processo é garantir a máxima possibilidade da busca da verdade real, e principalmente (o que não exclui a primeira hipótese) garantir ao cidadão acusado a possibilidade de trazer à luz seus argumentos e/ou seus motivos, tudo no mais profundo respeito à sua dignidade como pessoa humana. Enfim, que a função do processo penal está relacionada ao *due process of law*, e mais, que o processo penal existe justamente para favorecer o acusado.

²⁸⁷ - DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 1986, p. 82.

A partir desses argumentos, e, sem desconsiderar os que aqui foram apresentados, pode-se dizer que a função jurisdicional no processo penal, independe da existência de lide penal, e isso já ficou claro.

Mais ainda: a jurisdição no processo penal, mais do que uma atividade substitutiva, é atuação pública do Estado no sentido de garantir a eficácia do Direito Objetivo sim (mormente a Constituição), e via de consequência, garantir ao cidadão a discussão da lide na medida do devido processo legal.

Portanto, fica difícil distinguir na atuação do juiz no processo penal, qual o ato jurisdicional e o ato meramente administrativo do processo, pois, desde que o julgador, independentemente da definitividade da decisão ou da sua importância burocrática, cada vez que impulsione o processo, o faça com vistas ao direito fundamental do acusado, está praticando ato jurisdicional, justamente porque está atuando no cumprimento da função precípua do processo penal.

É certo que nem todos os atos praticados pelo juiz são jurisdicionais, não se nega, mas a atuação da jurisdição no processo penal, enquanto poder que é, e aqui, poder de garantir o devido processo legal, repete-se, a atuação da jurisdição no processo penal é mais atuação de poder do que de função processual, dada a função mesma do processo penal, qual seja, a de garantir os direitos fundamentais do cidadão.

O juiz, no processo penal, não atua jurisdicionalmente apenas quando decide sobre a condenação ou absolvição, mas também, quando decide sobre a produção de provas, a oitiva de testemunhas, um novo interrogatório, defere ou indefere reperguntas em audiência, determina a realização de diligências (a pedido ou de ofício), decide sobre pedido de prisão preventiva, fiança e liberdade provisória.

Ora, na medida em que o juiz está decidindo sobre a observação da Constituição da República no processo penal; na medida em que está decidindo na forma e sobre o devido processo legal, garantindo assim a realização da função precípua do processo penal que é o caminhar na lide penal com respeito à dignidade da pessoa humana com vistas a possibilitar ao máximo a busca da verdade real, seja qual for o ato, se tiver essas características, seu ato não pode ser tido senão como ato jurisdicional.

Mas há um outro aspecto.

Partindo-se de uma ótica foucaultiana, não se poderia esquecer que o Estado quer também, além de exercer, manifestar o seu poder e manter a sua hegemonia nas relações sociais.

Então, a partir de uma perspectiva ontológica o julgador pode, no agir jurisdicional, tanto o estar fazendo em respeito à função do processo penal e em cumprimento à Constituição, como também (e às vezes ao mesmo tempo) agindo nos interesses do Estado todo poderoso, o que não torna o ato ilegítimo²⁸⁸, evidentemente, mas pode viabilizar condutas ilegítimas (sob a

²⁸⁸ - Aliás, é característica do Estado a imposição da autoridade (até como afirmação de sua natureza pública), e a jurisdição é um meio legítimo para tanto. Isto se vê, por exemplo, nas palavras de DINAMARCO, que, tratando da importância nuclear da jurisdição no processo, ensina: *Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta de meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) —, sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Prestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles; e precisando exercer o poder, precisa também o Estado-de-direito, estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juizes), seja para ditar condições limites e formas de exercício do poder. Em torno deste, portanto (no caso, em torno da jurisdição), é que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina.* (DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 77-78)

capa da jurisdição) se o fundamento da autoridade prevalecer sobre o escopo constitucional do processo penal.

Assim é que, se o Estado utiliza de seu poder para fazer com que se respeite a Constituição e garantir, imediatamente, a dignidade da pessoa humana na figura do acusado, e mediatamente, a paz social, pode também utilizar-se desse mesmo poder para lembrar a todos quem é que está no comando e quem decide sobre o que é certo ou errado.

Essa relação de poder é que estabelece uma submissão natural por parte do cidadão comum e que, mal administrada pelo Estado Julgador, e, inobservada na rotina processual pelos demais operadores do Direito, pode vir, a pretexto da autoridade, a confundir e obstruir a consecução da máxima efetividade da função precípua do processo, fazendo com que o *due process of law*, figure em segundo plano.

Essa má administração do poder é uma das causas (juntamente com a incompetência, a negligência, etc.) que geram decisões como as apresentadas no Capítulo II do presente trabalho, por isso, de se lembrar, mais uma vez, o preciso ensinamento de DINAMARCO, referindo-se, também, aos direitos fundamentais como escopo do processo: *onde o exercício da ação ou o da defesa se vir comprimido pelos abusos ou desvios de poder do órgão estatal, ou sofrer significativo risco de ficar prejudicado de modo sensível, ali ter-se-á violação a alguma dessas garantias fundamentais (daí as garantias contidas na cláusula due process of law).*²⁸⁹

É, também, a má administração desse poder que pode fazer com que a jurisdição se transforme em judicialização, fenômeno que será analisado na sequência do trabalho...

²⁸⁹ - Idem, p. 81-82.

Concluindo, pode-se dizer que a atuação jurisdicional no processo penal manifesta-se a partir de três pontos de observação pelo julgador:

- a) O das partes, configurado pela pretensão, ou seja, a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio, sendo que tal pretensão pode advir: a.1.) do órgão acusador, na busca de uma condenação do acusado; a.2.) do acusado, na busca de apresentar seus argumentos e/ou motivos, e ver efetivados seus direitos fundamentais da liberdade e dignidade da pessoa humana;
- b) O do Estado (em conjunto com as partes), como representante da vontade geral, na busca do cumprimento da Lei Maior e garantidor da máxima efetividade da função do processo penal, ou seja, a plena possibilidade de busca da verdade real com observância do devido processo; e...
- c) O do Estado, na defesa de sua condição de gerente das relações sociais, ou seja: b.1.) na defesa da sua condição de legislador; e b.2.) na defesa da sua condição de aplicador do direito;

Ressalte-se, finalmente, que esse terceiro ponto de observação, embora não seja ilegítimo, já que as relações sociais, desde o primórdio dos tempos, tendem a carecer da gerência de um órgão imparcial, é aquele que mais aproxima a função jurisdicional das raízes da ilegitimidade, se mal administrado pelo julgador, até porque, é aqui que o juiz descomprometido com a Justiça encontra muitas vezes argumento para a arbitrariedade. Aqui é que pode nascer ou subsistir a judicialização.

3.1.1.2. Sobre o conceito de judicialização (o bacharelismo)

A leitura das obras que tratam do papel do juiz na conjuntura jurídica atual demonstra uma tendência à deontologia das rotinas judiciais a partir da idéia de função pública mesma, e, por conseguinte, deixando de lado (ou analisando perfunctoriamente, como auxílio retórico) a figura do homem-juiz, a pessoa investida da função, pessoa esta sujeita a todas as mazelas, defeitos e virtudes inerentes ao ser humano.

Mesmo as obras que calcam sua análise no componente ético, ainda assim, estão, via de regra, voltadas para o juiz-função e os modelos existentes e propostos para uma atuação mais instrumental, ou ética, ou dinâmica da função jurisdicional, o que tem gerado, deve-se reconhecer, ótimos trabalhos voltados para a proposta em questão.

Cite-se, como exemplo, a obra de LUIZ FLÁVIO GOMES²⁹⁰, que trata as questões do Judiciário tanto de uma perspectiva “macro”, a partir do viés constitucional e a relação com os demais Poderes da Federação, não sem contrapor as propostas veiculadas atualmente a respeito do controle externo do Judiciário à independência deste Órgão, para o que imagina modelos que considera mais democráticos e efetivos. Por outro lado, a partir de uma visão “micro”, analisa vários aspectos atinentes à rotina judiciária, que envolvem tanto aspectos éticos, como a questão do nepotismo, a falta de transparência na atuação, a credibilidade do juiz, bem como, a necessidade da reciclagem no estudo e aprimoramento técnico-cultural. Como se disse, trata-se de obra fundamental, mas que, até mesmo na sua análise micrológica, pensa a partir da “função” jurisdicional e com um cunho mais voltado à crítica institucional do que propriamente na linha que se pretende no presente trabalho.

²⁹⁰ - GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: RT, 1997, 266 p.

No mesmo sentido são os estudos de SOUZA²⁹¹, e LOPES²⁹², que, embora tratem, o primeiro, em tópicos especiais, a questão da discricionariedade e o arbítrio, do poder criativo do juiz, da equidade, e o segundo, como o título propõe, de um largo estudo a respeito do tema equidade e suas implicações na prática judiciária, ambas as obras trazem em si a marca da deontologia, característica, como se disse anteriormente, da maioria dos trabalhos envolvendo as questões judiciárias (que, seja ressaltado, implicam em estudos de grande importância para a ciência jurídica), mas que se desvia do objeto deste trabalho, especialmente do presente Capítulo, na medida que se propõe aqui, mais um estudo (genealógico, na linha de Foucault) de condutas isoladas (mas verificáveis), do que propriamente uma proposta deontológico-institucional, como já ficou claro no item 3.1..

Assim, a proposta aqui é se pensar nos motivos que levam o homem-juiz a extrapolar o poder-dever-função caracterizado pela jurisdição e recair em condutas voltadas, umas vezes, pelo conservadorismo exacerbado, outras pelo pedantismo distanciador e tantas mais, não de forma excludente das demais, pelo bacharelismo inconseqüente, calcado no mais das vezes no dogmatismo verticalizante e no comodismo crônico.

Os tipos de conduta arrolados, embora cada vez menos incidentes, dada a modernização democrática do pensamento de muitos dos atuais operadores do Direito, que vem sendo alcançada à custa de diversas advertências da doutrina e jurisprudência atuais, bem como de um pensamento cada vez mais voltado para o viés constitucional (cada vez mais freqüente nos Tribunais), repete-se tipos de condutas como se narrou acima, ainda maculam a prática

²⁹¹ - SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, 211 p.

²⁹² - LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 254 p.

judiciária do processo penal especialmente (mas não somente), o que fora demonstrado no Capítulo II deste trabalho.

Mas quais os fatores determinantes de tal comportamento?

A partir da leitura de WOLKMER, pode-se entender que a postura verticalizante na prática judiciária talvez tenha uma origem histórica de suma importância, que atinge não só os juizes, mas que, de uma forma geral, vem sendo impregnada nas mentes dos operadores do Direito desde a faculdade, isto, já de longa data. É o caso, por exemplo, quando o autor lembra as raízes da profissão jurídica no Brasil, ainda na era do Império, onde a importância de tal profissão estava ligada à sua relação com a política, a literatura e a cultura geral, na medida em que, os filhos dos coronéis, para afirmar a sua posição de poder, e confirmar a tradição patriarcal, ostentando a imagem intelectualizada e repleta de idolatria (porque copiada de culturas internacionais importadas, representadas por vultos da literatura e do Direito, aos quais só os poucos tinham acesso) ingressavam nos cursos jurídicos como que visando preencher um requisito básico à composição da elite social.

Não havia “coronel” que não fizesse questão de ter um filho bacharel em Direito e assim, um caminho aberto aos meios intelectuais e políticos da época e à ostentação da riqueza familiar. Por outro lado, aqueles que não ingressassem naquele caminho (que não eram poucos), contariam apenas com os privilégios da sucessão carismática e/ou patrimonialista, mas sem as prerrogativas que o *status* de bacharel incorporava, tanto no meio social, como político, e perante a *intelligentsia*, sem contar a “ascensão” à carreira de magistrado, significativa não só de posição, mas de autoridade e poder.

Se, apesar de a aristocracia reinar no meio jurídico, ainda assim não era essa carreira a única forma de prestígio (considerando o patrimonialismo coronelista), era preciso um traço distintivo caracterizador daqueles

privilegiados intelectuais. Assim é que se criou no âmbito jurídico, o culto prazeroso pelo palavrório, pelas expressões afetadas, pelo olhar de superioridade e altivez muitas vezes lembrados (com um certo despeito, diga-se, mas não injustamente) pelos não iniciados.

Segundo WOLKMER, referindo-se aos bacharéis: *ninguém melhor do que esses para usarem e abusarem do uso incontinente do palavreado pomposo, sofisticado e ritualístico. Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo alienígena, inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.*²⁹³

E se mencionou até então, a mentalidade que levava à carreira jurídica aqueles bem-nascidos, mentalidade esta, apenas ainda, fruto da normalização foucaultiana disseminada pelos meios sociais da época.

Mas, por outro lado, a mentalidade bacharelista se reforçava a partir do momento em que o jovem tinha acesso aos estudos acadêmicos. Considerando a ideologia liberal (que influenciou, v.g., inclusive, a Constituição do Império) adotada e propagada nos cursos jurídicos, bem como o seu caráter individualista, não sem lembrar, ainda, a natureza aristocrática das próprias academias, foi-se inculcando nos jovens acadêmicos a idéia dogmatista típica da escola francesa da exegese, doutrina importada juntamente com as idéias liberais originadas em França.

²⁹³ - WOLKMER, Antonio Carlos. *Sociedade liberal e a tradição do bacharelismo jurídico*. In : BORGES FILHO, Nilson [Org.] *Direito, Estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 10.

É evidente que, para a manutenção dos privilégios agrário-escravistas, das mordomias aristocráticas, nada melhor do que a doutrina do império da lei (que era elaborada pela própria elite), amparada em ritualísticas, palavreados e burocracias que só uns poucos eram capazes de entender e interpretar, em detrimento da maioria que, entre escravos, lavradores e operários, só lhes restava cumprir a lei imposta e respeitar as autoridades na sua nítida distinção.

E essa idéia parte da lição de WOLKMER, segundo o qual: *a harmonização do bacharelismo com o liberalismo reforça o interesse pela supremacia da ordem legal constituída (Estado de Direito) e pela defesa dos direitos individuais dos sujeitos habilitados à cidadania sem prejuízo do Direito à propriedade privada. O bacharelismo assimilou e viveu um discurso sócio-político que gravitava em torno de projeções liberais desvinculadas de práticas democráticas e solidárias.*²⁹⁴

Note-se, desde então, a inserção do saber-poder foucaultiano como elemento de afirmação da normalização, e definidor das relações de poder. O saber, desde aquela época, determina o exercício do poder e a desigualdade imposta verticalmente, sob a capa dos rituais estéticos ou legalistas, eis que, *privilegiou-se o fraseado, os procedimentos e a representação de interesses em detrimento da efetividade, participação e do justo concreto.*²⁹⁵

Mas o formalismo comodista e o ritualismo verticalista não é privilégio dos tempos passados. Se é certo que nos dias de hoje o coronelismo (pelo menos na maior parte do país) perdeu lugar para outras formas de dominação e imposição do poder, que os preconceitos, por sua vez, dia após dia vêm perdendo lugar para uma prática mais igualitária em face do relevo que vêm ganhando o direito constitucional, é certo, também, que ainda subsistem

²⁹⁴ - Idem, p. 11.

²⁹⁵ - Idem, ibidem.

práticas e pensamentos arcaicos e antidemocráticos no mais das vezes amparados pelo ranço dogmatista que ainda está compreendido no sistema.

Um importante exemplo é trazido por CARNELUTTI, em relação à ritualística. O mestre italiano, traçando um paralelo entre o mundo jurídico, o militar e o eclesiástico, cita a questão da divisa, como símbolo da autoridade. Enquanto os militares utilizam-se das divisas propriamente ditas (ostentadas nos uniformes, outro símbolo), e o clero faz uso de seus trajes reluzentes e coloridos, o magistrado e operadores do Direito lançam mão das togas e becas, como elemento diferenciador. Lembra CARNELUTTI: *A divisa se chama também uniforme; o significado desta outra palavra parece, porém, contradizer o da primeira, pois que alude a uma união ao invés de uma divisão. Mas são, no fundo, dois significados complementares: a toga, verdadeiramente, como a veste militar, desune e une; separa magistrados e advogados dos leigos, para uni-los entre si. Esta união, vejamos, tem um altíssimo valor.*²⁹⁶

Este exemplo é claro num Tribunal do Júri, onde apenas o juiz, promotor e advogado fazem uso do rigor dos trajes, o mesmo não acontecendo com o Conselho de Sentença, porque é “juiz de fato”. Dir-se-ia que tal fato se dá para que não transpareça aos olhos dos jurados a prevalência de um advogado bem trajado, elegante, em detrimento de eventual traje simples do promotor de justiça ou vice-versa. Nesse sentido, a verdade real não seria obscurecida pelas aparências, e, ficam guardadas sob a beca todas as desigualdades porventura existentes entre as partes, restando apenas a discussão da causa como alvo das atenções.

²⁹⁶ - CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Conan, 1995, p. 18.

Entretanto, voltando a Foucault, enquanto o visível são os trajes pretos, relativamente iguais aos olhos dos observadores, o enunciável prevalece na distinção dos operadores técnicos, detentores do saber, daqueles leigos (o que se faz questão de declarar, sempre, nos julgamentos) representantes da sociedade. Existe aí uma separação, não entre os operadores técnicos, mas entre estes e o povo, os leigos, aqueles a quem o Direito permitiu a “honra” de participar, temporariamente, do mundo jurídico, no julgamento de seus pares. Empreste-se, mais uma vez, o ensinamento de CARNELUTTI: *A toga do acusador e do defensor significa pois que aquilo que fazem é feito a serviço da autoridade; em aparência estão divididos, mas na verdade estão unidos no esforço que cada um despende para alcançar a justiça.*²⁹⁷

Mas a figura que é mais suscetível aos efeitos desta separação é justamente o juiz. Enquanto a ritualística mais ostensiva aos olhos dos leigos é o Tribunal do Júri, onde fica clara a posição de advogado e Acusador como atuantes a serviço da autoridade (como afirma Carnelutti), há no dia-a-dia uma exposição mais freqüente e mais sobrecarregada de cobranças ritualísticas, solenidade, comportamento próprio, reações próprias, exatamente sobre a conduta do juiz.

Enquanto a pompa e a afetação são vistos no advogado como características pessoais (virtudes ou defeitos, dependendo do ponto de vista), ou a severidade, no mais das vezes, como marca de determinado promotor (com maior suscetibilidade à normalização bacharelista do que o advogado, dada a função pública), a grande carga normalizadora recai sobre o juiz, de quem se espera, quase sempre, independentemente de quem seja o ser humano ali investido, a conduta típica, ponderada, serena e ao mesmo tempo imponente, severa e elegante.

²⁹⁷ - Idem, p. 19.

Essa expectativa normalizante é que gera e perpetua, muitas vezes, o fenômeno da **judicialização**, o que é bem explicado por ZAFFARONI (embora com outra denominação) como a transformação das agências judiciárias em *máquinas de burocratizar*.

Segundo o jurista argentino, o processo de burocratização dos juízes, que aqui se prefere chamar de judicialização²⁹⁸, já começa no processo de seleção e treinamento dos operadores das agências judiciárias (embora reconheça o papel da universidade neste processo), pois, assim como há uma deterioração da mentalidade de presos, através dos estereótipos que lhes são impingidos diariamente, e da mentalidade policial, pelos mesmos motivos, gerando policiais de comportamento previsível e próprio de uma normalização marcante, o mesmo acontece com os juízes. Explica ZAFFARONI, referindo-se ao juiz: *O processo de treinamento a que é submetido é igualmente deteriorante da identidade e realiza-se mediante uma paciente internalização de sinais de falso poder; solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa de outras agências, etc.*²⁹⁹

E segue o mestre, corroborando o que vem sendo apresentado até então, e deixando clara (embora não tenha usado diretamente a teoria foucaultiana) a importância da normalização (que chama de opinião pública) na definição do comportamento típico do juiz estigmatizado, vale dizer, judicializado: *O certo*

²⁹⁸ - Este termo é cunhado a partir das idéias de Zaffaroni mesmo, já que fenômenos similares, dentro de suas características simbólicas e normalizadas, são chamados pelo mestre de prisionização (a incorporação pelo preso, do estereótipo que a sociedade e as instituições lhes impingem) e policização (no mesmo sentido, em relação à estereotipia dos policiais). Enquanto Zaffaroni, referindo-se aos juízes, chama o fenômeno de burocratização, o presente trabalho empresta seu raciocínio anterior, e segue a linha semântica, preferindo o termo judicialização.

²⁹⁹ - ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 141.

*é que, ao alcançar uma categoria equiparável à de oficial das agências militarizadas, o indivíduo já deve ter internalizado os modelos da agência e deve responder às exigências do papel que lhe for atribuído a partir de uma adequada manipulação da opinião pública: assepsia ideológica, certa neutralidade valorativa, sobriedade em tudo, suficiência e segurança de resposta e, em geral, um certo modelo de “executivo sênior” com discurso moralizante e paternalista ou uma imagem de que, na devida idade, responderá a este modelo.*³⁰⁰

A análise dos estudos de Zaffaroni pode denunciá-lo como um crítico do Judiciário o que não é de todo verdade. A crítica existe sim, mas não significa propriamente um antagonismo, até porque, o próprio Zaffaroni fora Juiz da Suprema Corte de Buenos Aires, o que o qualifica ainda mais para analisar a instituição e os comportamentos que comprometem o bom andamento da função judiciária. Aliás, em importante obra³⁰¹, o professor argentino chega a fazer quase que uma apologia do Judiciário, e, justamente para isso, repete e acrescenta algumas idéias ao raciocínio até então colacionado.

A análise dos escritos de Zaffaroni leva à indução de outros comportamentos judicializantes além do bacharelismo pedante, que no Brasil, abarcando todas os segmentos jurídicos, originou-se no Séc. XIX, como já demonstrado.

Segundo o autor platino, há também o comportamento típico do *juiz asséptico*, e ainda uma tendência *psicopática*, à qual, para uma adequação à terminologia brasileira, evitando confusões, se prefere, neste trabalho, chamar de comportamento neurótico.

³⁰⁰ - Idem.

³⁰¹ - ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, 216 p.

O comportamento asséptico do juiz, segundo Zaffaroni, estaria relacionado também com a tendência burocratizante e dogmatista da prática judiciária, mas, ao contrário do bacharelismo, onde o julgador se coloca na posição de intelectual inatingível, detentor do saber supremo, no presente caso há um certo comodismo em razão do vislumbre de uma ascensão e estabilidade funcional. O juiz então, partindo da ótica de que o sistema é arcaico, procura não contrariá-lo, evitando a colisão direta com as opiniões de seus superiores a fim de manter vivas as possibilidades de ascensão e promoção. Acrescente-se, ainda, a possibilidade de assepsia quando o juiz, em vias de aposentar-se, pode também sucumbir aos entraves burocráticos do sistema, ou para garantir o sucesso nesta aposentadoria, ou, comodamente, para evitar maiores alardes já no fim da carreira.

Nesse sentido *a burocratização é, justamente, uma reação defensiva que permite sobreviver na dependência interna e externa, gerada através da ameaça de sanções, de bloqueio de ascensões e promoções, de remoções arbitrárias, de campanhas difamatórias internas, de pressões policiais e de agências administrativas etc.*³⁰²

Para esse fenômeno, que leva ao aparecimento do juiz asséptico, Zaffaroni dá o nome de *burocratização subjetiva* ou *deterioração burocratizante no nível pessoal dos operadores*. E continua, explicando a forma de sua manifestação: *A defesa contra as condições institucionais adversas, nestas estruturas, são as atitudes ou comportamentos ritualistas, que consistem em cumprir de modo reiterativo, obsessivo e submisso às mesmas formas, esquecendo ou relegando os conteúdos e objetivos da função.*³⁰³ Esse tipo de comportamento apático, caracterizado como reação do

³⁰² - Idem, p. 158.

³⁰³ - Idem, ibidem.

juiz judicializado aos percalços diários, é o que se optou por chamar, no presente trabalho, de **automatismo jurídico**, que pode também (faça-se justiça) atingir os outros atores do processo penal.

Mas ZAFFARONI continua: *Afora o ritualismo, outro mecanismo de fuga será a negação consciente ou inconsciente do próprio condicionamento, mediante decisões evasivas, isto é, diante de qualquer decisão suscetível de gerar conflitos, adota-se a atitude primária de evitá-la, apelando a qualquer recurso formal (suscitar incompetência mais ou menos descabida, subordinar a decisão de mérito à alçada etc..).*³⁰⁴

É evidente que tal comportamento pode gerar conseqüências negativas na busca do devido processo legal (razão de ser da sua análise aqui, no que se voltará adiante), entretanto, ainda que consciente, este comportamento gera a princípio conseqüências na personalidade do próprio juiz que o adota, eis que contraria o senso normalizado pela sociedade. É que o juiz, tido pelo senso-comum como uma para-divindade, um super humano, imparcial e soberano, entra em conflito consigo mesmo, porque já passou a acreditar naquela normalização mas age contrariamente a ela, por medo ou comodismo, atitudes incompatíveis com a figura que guarda de si. É como diz ZAFFARONI: *É necessário um arsenal incrível de mecanismos de fuga para neutralizar a culpa gerada pelo fato de não ser quem todos pretendem que seja e que ademais o tratam como se assim o fora, sabendo que nunca poderá sê-lo.*³⁰⁵

Mais um efeito negativo na prática judiciária, já que a insegurança gerada na personalidade do julgador fatalmente será refletida (talvez progressivamente, em escala aritmética) nos processos de sua competência, sujeitos, portanto, à sua jurisdição viciada.

³⁰⁴ - Idem, p. 158-9.

³⁰⁵ - Idem, p. 161.

Um terceiro caso de judicialização é aquele em que o juiz nem é o bacharelista pedante que se prevalece do conhecimento e dos rituais para se impor perante a sociedade (representada imediatamente pelos submetidos à sua jurisdição), e nem o burocrata asséptico, acomodado em função de interesses subjetivos inerentes à carreira, mas é aquele que acredita realmente que é o pai-de-todos, o semideus, ou um sacerdote acima de qualquer ideologia e preconceito, e deve assumir a feição conservadora para manter o respeito e a dignidade da função. Esse também é vítima da normalização produzida pelo senso comum, e pode sofrer as mesmas conseqüências que o juiz asséptico quando descobrir, se descobrir, que na verdade não é nada daquilo que pensa ser. Entretanto, se não o descobre, e aceita o papel de semideus, é evidente que terá sérias dificuldades para encarar os demais atores de um processo de forma democrática. A sua fé na superposição poderá não aceitar a superação da burocracia dogmatista por fazê-lo pensar ser a própria encarnação da lei. E pode ocorrer também o contrário: no afã de impor a autoridade, pode ultrapassar os limites da lei numa medida em que só a sua pena constituirá a lei em que acredita, gerando o que Zaffaroni chamaria de *ditadura ética*.

Além do mais, a posição conservadora deste juiz pode levá-lo (ao contrário do juiz asséptico, que busca a ilusão de neutralidade absoluta a qualquer preço) a assumir uma posição ideológica conservadora justamente para dar a devida satisfação ao senso normalizado que o elevou ao pedestal em que se encontra. Segundo ZAFFARONI: *o juiz burocratizado, que por pressão do ambiente se vê forçado a se comprometer publicamente com uma ideologia sectária e sem retorno possível à posição neutra e "asséptica", perde a segurança que lhe brindava sua tradicional assepsia e, normalmente, procura compensar essa segurança com uma verdadeira radicalização sectária e com demonstrações externas de subserviência às vezes incríveis. O*

*produto é francamente lamentável e, no plano pessoal, é a mais completa agressão à saúde mental de uma pessoa.*³⁰⁶ Aqui, tem-se o que se pode chamar, na tradição popular, de “o feitiço virando-se contra o feiticeiro”. O juiz, no intuito aflito de impor a autoridade, através do sectarismo, torna-se escravo da normalização social que o colocou na posição atual, bem como, escravo da ideologia sectária que segue, bem como dos grupos que a apregoam. É como acentua ZAFFARONI: *A imagem mítica do juiz semidivino, se bem que seja ridícula, certamente provoca exigências de atitudes, que vão sendo assumidas conforme os modos apreendidos durante a prolongada formação.*³⁰⁷

Assim, do que foi apresentado, é possível concluir que, se jurisdição é poder, a judicialização é a malversação desse poder, que pode ser fruto de um comportamento conscientemente bacharelista ou inconscientemente despersonalizado pelas regras da normalização foucaultiana.

Há, portanto, três formas de judicialização: a do **bacharelismo pedante**; a asséptica, constituída em **comodismo crônico**, e a sacerdotal, representada por uma **neurose conservadora**.

A implicação desses comportamentos no processo penal tem uma significativa influência na pretensão de se respeitar o devido processo legal, no intento de se buscar a verdade real e na viabilização do acesso à justiça. O juiz judicializado menospreza a democracia processual, fazendo valer apenas os seus interesses pessoais, autoritários ou comodistas, mas quase sempre em detrimento da igualdade, da democracia e dos direitos principalmente daqueles que detém menos conhecimento do que ele próprio. Se a reação do representante do Ministério Público e/ou do advogado coincidir ou sucumbir

³⁰⁶ - Idem, p. 163.

³⁰⁷ - Idem, p. 164.

ao seu comodismo, ao seu dogmatismo ou à sua burocracia, então a anti-democracia está perfeita.

Para finalizar esta análise, seja lembrada uma conclusão de ZAFFARONI: *Se a deterioração que o sistema penal produz nos policiais tem sido pouco estudada, a burocratização, como forma de deterioração dos operadores das agências judiciais dos sistemas penais, diretamente, nunca foi estudada e, por conseguinte, a situação de violação de direitos humanos que acarreta não tem tratamento porque os próprios afetados não a percebem.*³⁰⁸

O presente estudo, respeitados seus limites metodológicos, visa dar uma contribuição ao preenchimento da lacuna denunciada.

3.1.1.3. Do “poder-dever” ao “saber-poder”

No início desta década de 90, Clèmerson Clève, em bela obra ensaística³⁰⁹, cuidou, entre tantos outros assuntos, de traçar alguns aspectos sobre o tratamento dado ao Poder Judiciário, na então recém-promulgada Constituição de 1988. Viu-se, ali, aspectos do direito comparado, demonstrando uma série de vantagens constitucionais atribuídas ao Judiciário Brasileiro, no sentido da distribuição do poder, se comparado aos demais do mundo principalmente ocidental; aspectos internos inerentes à autonomia institucional, funcional; a importância dos meios de controle interno e a necessidade de viabilização de meios legítimos de controle externo do Judiciário e tantos outros aspectos, sempre com a pitada crítica essencial e característica do autor, que fazem da obra referência necessária em qualquer estudo sobre o tema.

³⁰⁸ - ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 143.

³⁰⁹ - CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, 248 p.

Mas foi quando (ainda no ensaio sobre o Poder Judiciário) tratou do *problema da justiça*, perpassando a imparcialidade do juiz, a sua dita neutralidade e desembocando a análise na ideologia, foi ali, que se encontrou um excelente ponto de partida para a discussão que se pretende iniciar no tópico presente deste trabalho, complementando, inclusive, a análise das conseqüências do fenômeno da judicialização, intentada no tópico anterior.

CLÈVE deixa bem claro que o Estado de Direito o qual a Lei Maior pretende instalar é mais que um Estado de Direito pura e simplesmente; é um Estado de Justiça, e, sendo o juiz um partícipe essencial deste Estado, deve agir no sentido de, mais do que dirimir conflitos, distribuir justiça, para que assim, a dignidade da pessoa humana, inserida nos princípios fundamentais da República como parâmetro da atuação jurisdicional, portanto, meta fundamental da Constituição, possa ser atingida no que depender da decisão judicial.³¹⁰

Segundo o autor, a realização da justiça está relacionada com a discussão da neutralidade, e da imparcialidade do juiz, bem como, relacionada com a concepção de direito subjacente às decisões, não sem falar no aspecto ideológico que permeia a decisão judicial.

Quanto aos primeiros aspectos, são suas as palavras: *Há um certo mito quanto à imparcialidade e neutralidade do Juiz. O Juiz é um ser humano e não alguém que esteja acima do bem e do mal. Enquanto ser humano, ele não pode deixar de sofrer a influência do meio onde vive.*³¹¹ E, mais adiante, depois de demonstrar a participação do juiz no processo de formação e reconstrução da ordem jurídica, do que se pode deduzir também, a participação na vida política, econômica e social do país, esta última, ainda que meio velada

³¹⁰ - CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder judiciário: autonomia e justiça*. In : *Temas...* (cit.), p. 45-46.

³¹¹ - Idem, p. 46.

pelo próprio sistema, conclui: *Logo, possui vontade; não constitui um autômato, escravo da técnica surrealista e mentirosa do silogismo.*³¹²

Por tudo isto, pode ser acrescentado que o juiz é um ser humano dotado de um saber voltado à aplicação do Direito, seja na forma da dedução da lei à situação concreta, seja na forma de criação do direito quando a situação reclamar uma sensibilidade mais apurada na decisão, sendo que a primeira situação não exclui a segunda, nem o contrário.

Ora, esta mistura de humanidade com investidura; esta mistura de cidadão com instituição, é que carecem da administração psíquica do homem-juiz, para que ceda o menos possível, vale dizer, para que racionalize o máximo, nas relações de força vividas diariamente, onde estão em jogo não só os interesses de partes em processos sob sua jurisdição, mas também a demonstração e a imposição do seu saber e ainda mais, a sua responsabilidade técnica, funcional e enquanto ser humano.

Tudo isto embaralhado num mesmo jogo, nada mais é do que um meio propício de a sistemática do saber-poder interferir de modo normalizador na mentalidade não só do julgador mas de todos os partícipes da relação jurisdicional, no se deve dispensar uma atenção redobrada. De se relembrar FOUCAULT: *O que pretendo mostrar (...) é como, de fato, as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade.*³¹³

³¹² - Idem, Ibidem.

³¹³ - FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau, 1996, p. 27.

Na relação jurisdicional, então, o juiz é importante sujeito de conhecimento, e, não havendo portanto, um controle racional pelo julgador nesse emaranhado de poder-saber envolvido por aquela relação, apresentado (visualizado) pelo juízo e enunciado pela jurisdição, o julgador não tem outra alternativa senão recair no discurso do escravo da lei, numa forma talvez até inconsciente (mas nem sempre: de se lembrar a judicialização), porém inútil, de acobertar, ignorar ou justificar a irracionalidade do sistema dogmatista ancorado no fetichismo da lei e da autoridade. A neutralidade que se pretende absoluta, aqui, atua como máscara da normalização, que, aos poucos, tem se instituído no meio jurídico e refletido para a sociedade inteira.

É claro que o juiz, no ato de julgar, deve reconhecer-se humano o suficiente para influenciar-se pelos dados que traz consigo através da vivência sócio-política, no entanto, isto não é suficiente para que, consciente da responsabilidade e do compromisso constitucional com o ser humano posto a julgamento (volta-se ao processo penal), não possa esse julgador procurar, na medida do racional, afastar os preconceitos subjacentes à causa mesma.

Esse “livrar-se” dos preconceitos não significa negar-se a si mesmo, mas doar-se ao processo democrático, à Constituição como elemento fundante do sistema jurídico. Neste sentido, até mesmo as normas e precedentes judiciais eivados de preconceitos normalizados, podem ser superados pelo juiz no ato do julgar racional. Nessa linha, CLÈVE aponta uma forma possível de neutralidade: *A neutralidade do Juiz exige, pois, não a criação de um ser despido de vontade, mas apenas que o órgão judicial se encontre pronto para decidir qualquer demanda, rendendo-se unicamente à força dos argumentos produzidos em juízo em face do contraditório. Exige, ademais, que o Juiz não possua qualquer interesse pessoal na demanda, por isso que o processo*

*decisório, tanto quanto possível, será um processo controlado e controlável, submetido apenas às coordenadas impostas pela razão.*³¹⁴

É certo que a visão de Clève é bem mais pragmática, sendo as inferências foucaultianas de responsabilidade do autor do presente trabalho. No entanto, parece perfeitamente possível a adequação filosófica ao raciocínio desenvolvido pelo jurista paranaense, que, em outras palavras, pede apenas um mínimo de racionalismo no julgar, racionalismo que implica no reconhecer as limitações do próprio saber (o saber do juiz), encontradas nos preconceitos normalizados. Ser racional aqui, não significa despir-se da emoção, significa, isto sim, reconhecê-la para não ser totalmente envolvido por ela no ato de julgar.

E voltando-se à Constituição, fica mais fácil o entendimento. Enquanto a lei ordinária, via de regra, pede do juiz um julgar restrito aos seus parâmetros de racionalidade meramente analítica (um julgar legalista), a Constituição, através dos princípios constitucionais do processo, induz um julgar não menos racional, porém, mais condizente com a natureza humana do julgador e do sujeito submetido a julgamento, eis que, como já fora mencionado em capítulo anterior, nada como a Constituição para aproximar o direito dos demais ramos do conhecimento humano tais como a filosofia, a política, continentes da moral, da ética, do justo etc.. Assim, os princípios constitucionais, mormente o “devido processo”, servem justamente de ponte entre a racionalidade legal e a humanidade racional.

Nesse sentido, esclarecedoras são as palavras de outro respeitável jurista: *Definir a sentença judicial como um silogismo (...) é apenas o estágio inicial desse fenômeno de dominação tecnológica sobre a justiça. (...) É do ofício do juiz avaliar e ponderar as opiniões em choque na instância*

³¹⁴ - CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário...*, p. 46.

*judiciária; conduzir a discussão, repelindo os argumentos impertinentes, e sobretudo preservar o mais precioso dos legados processuais: o princípio do contraditório, um outro nome para a administração da justiça.*³¹⁵

É aí que a sentença deixa o caráter normalizado fetichista de “verdade emanada da autoridade” para constituir uma opinião racional, com um mínimo necessário de neutralidade, advinda do conhecimento obtido pelo julgador (homem), dotado de um saber racionalmente administrado sobre o processo. Assim, em BORGES, novamente: *Uma consideração de capital importância: o juiz não se afasta da regra geral por capricho ou excentricidade; por uma explosão incontida de subjetivismo; simples manifestação de arbítrio no ato de aplicação da lei. Ele somente deve afastar a regra geral ali onde as exigências do caso particular indiquem que a sua aplicação implicaria denegação de justiça.*³¹⁶

Nesse sentido, pode-se encontrar não a fórmula precisa para a neutralidade, mas um caminho pelo juiz no intuito de alcançá-la.

E quanto à imparcialidade: para Clève, neutralidade e imparcialidade são idéias complementares com as quais o julgador tem um compromisso. Na verdade, o fato de o julgador estar vinculado à necessidade constitucional (e moral) de não preferir a nenhuma das partes, mas tratando-as com a devida igualdade não está necessariamente relacionado com a preferência ou a convicção do julgador em relação a determinada questão de direito ou certa convicção que pode vir (e certamente virá) a interferir na decisão.³¹⁷ Essa convicção, evidentemente, não pode ser confundida com os preconceitos mencionados anteriormente, caso contrário, estaria comprometida a justiça do

³¹⁵ - BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 21-22.

³¹⁶ - Idem, p. 94.

³¹⁷ - CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder judiciário...*, p. 47-48.

julgamento. Trata-se, isto sim, de uma convicção extraída dos pontos de vista trazidos ao caso e confrontados tanto com a lei quanto com os princípios constitucionais inerentes ao processo, atuando estes últimos (lei e princípios), como elementos estabilizadores da racionalidade no julgar.

Assim, pensando já na decisão final (embora a racionalidade deva abranger todo o processo), poder-se-ia aproveitar, mais uma vez, as palavras de BORGES, utilizando-se de ensinamento de Villey: *Uma “sentença” é uma opinião não cientificamente demonstrada, contudo fundada, esclarecida pela controvérsia dialética, que tomou em consideração sobre uma só causa os pontos de vista de múltiplos interlocutores.*³¹⁸

Parece ter ficado claro que todos os aspectos que permearam a discussão até aqui, tais como racionalidade, caráter opinativo da sentença (apesar de sua natureza imperativa), pontos de vista das partes, traços ideológicos do julgador etc., não são necessariamente conflitantes com a imparcialidade e neutralidade necessárias para a consecução da boa decisão. A administração do saber-poder pelo julgador de forma a superar a mentalidade normalizada até então deve passar impreterivelmente pela consciência de sua condição humana.

Somente a partir do reconhecimento de sua humanidade (tal qual à das partes processuais) e as implicações dessa condição é que o julgador pode exercer a jurisdição sem tropeçar na judicialização.

É nos princípios constitucionais democratizadores do processo que a imparcialidade e neutralidade do ser humano que julga encontrarão o lastro que refletirá a autoridade e confiança sobre o ser humano julgado, por si, e através do operador jurídico que o representa.

³¹⁸ - Idem, p. 48.

A transição do poder-dever ao saber-poder no processo é inevitável, porque implica autoridade. Entretanto, despida do dogmatismo hedonista, porque cômodo, e das condutas judicializantes, o que não exige maiores esforços de personalidade, mas se consegue pura e simplesmente observando com fidelidade os princípios constitucionais do processo inerentes ao acesso à justiça e à dignidade da pessoa humana (vale dizer: o devido processo legal), constituir-se-á numa transição democrática, o mínimo que se espera da relação jurisdicional.

3.1.2. O Promotor de Justiça: o saber como imposição do poder

Tal como acontece em relação ao magistrado, a figura do promotor de justiça não está imune aos malefícios da burocratização, embora em menor escala. É que o próprio sistema vem contribuindo para aproximar o promotor de justiça e a sociedade, tal como acontece nos juizados especiais criminais (inclusive com a possibilidade de transação), as promotorias do consumidor, o acesso do público proporcionado pela qualidade de ouvidor, e tantos outros motivos.

Ademais, já de algum tempo, além da austeridade, a normalização do senso-comum não exige do promotor de justiça a mesma pompa e solenidades que espera do magistrado, até porque, erroneamente, o considera submisso àquela autoridade.

Por isso, se for comparada a possibilidade do promotor recair na burocratização, com as categorias antes apontadas em relação à judicialização, percebe-se que o ponto fraco no presente caso não é tanto, embora seja também possível, o pedantismo e a assepsia (mais fácil ocorrer o contrário, em relação a esta segunda característica, o que será explicado no tópico seguinte), mas principalmente a neurose verificada pelo conservadorismo. É

principalmente nesse ponto que o saber-poder incorporado pela autoridade pode interferir decisivamente no obscurecimento das garantias constitucionais do processo penal em relação ao acusado.

Tudo isso porque o promotor de justiça, ao assumir a função, já pode estar trazendo consigo as marcas normalizadas que enquanto era um “cidadão comum” cultivava como regras absolutas: o promotor paladino da justiça, rigoroso, austero, intransigente na acusação dos criminosos, irredutível no cumprimento da lei.

Mas o que é a lei? Qual lei? Quem é o criminoso e a partir de quando se sabe que este o é? E ainda: o que vem a ser justiça? O promotor que alçar à carreira envolvido nestas dúvidas pode estar menos sujeito à burocratização, e certamente poderá com maior efetividade cumprir o papel constitucional inerente à função.

Mas a dificuldade em trabalhar com as dúvidas apontadas já vem definida em certezas que a própria história incutiu no senso-comum, e conseqüentemente, na mentalidade do aspirante a promotor de justiça, desde o nascimento da instituição do Ministério Público ou órgãos e funções que possuíam em outros tempos a mesma natureza.

Michel Foucault, analisando as origens da intervenção do Estado nas causas criminais aponta, na figura do promotor (ou procurador, no Séc. XII), um importante elo entre o Império e os súditos, mas um elo de conhecimento, um elo de inserção do poder pelo saber adquirido através de procedimentos similares ao inquérito.

Ademais, o promotor foi sempre uma figura ligada ao Soberano (o que com o tempo foi sendo mais identificado com o Poder Executivo), atuando como que uma extensão dos seus olhos na obtenção do saber e como uma extensão de suas mãos e sua vontade, impondo o poder pela função acusadora

e, através da perseguição, demonstrando o descontentamento do Estado para com aquele que infringiu as regras da boa convivência e portanto, desrespeitou a autoridade do poder instituído.

Nesse sentido, Foucault aponta a relação entre acumulação de riqueza e o poder das armas, bem como a constituição do poder judiciário, tudo nas mãos de uns poucos, mas em cujo processo o promotor (procurador, à época) teve papel importantíssimo, porque, atuando em nome do soberano na investigação, perseguição e muitas vezes até na imposição de pena nas causas criminais, facilitava a apropriação pelo poder político das funções judiciárias, bem como, exercia o controle das relações entre os súditos, impondo desde aí a interferência do saber-poder.

Descrivendo esse processo, que tomou forma na alta Idade Média até o fim do Século XII, com relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e à tradição romanística, relata FOUCAULT: *Aparece um personagem totalmente novo, sem precedentes no Direito Romano: o procurador. Esse curioso personagem, que aparece na Europa por volta do século XII, vai se apresentar como o representante do soberano, do rei ou do senhor. Havendo crime, delito ou contestação entre dois indivíduos, ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. O procurador, vai dublar a vítima, vai estar por trás daquele que deveria dar a queixa, dizendo: "Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele."*³¹⁹ Note-se que

³¹⁹ - FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 1996, 65-66. Importante lembrar que há posições que vêem outro sentido na origem da intervenção do Estado nas causas penais. É o que se vê em JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 25: *Era preciso*

Foucault fez questão de narrar as palavras do procurador em primeira pessoa, justamente para deixar clara a posição em que este se investia. Sendo o procurador um representante do soberano, com poder de persecução, e até de sugestão de pena cabível, fazendo-se aplicar a lei, bem como, considerando-se que era ele o mandatário do poder do (o soberano, que se investia na figura da própria lei), era então o procurador, a própria lei.

O significado desse fenômeno de poder é facilmente dedutível e as consequências históricas implicantes da normalização da conduta desse personagem parecem ficar bem claras, no sentido da normalização do comportamento neurótico e dogmatista daquele que se veste de lei e passa a representar a ordem e a paz social, não sem lembrar posição política do exercício daquele poder, o que se pode observar até os dias de hoje, uma vez que não há uma cobrança (nem social e nem legal) de neutralidade política sobre os promotores, ao contrário, o seu partidarismo e direcionamento ideológico são encarados com a mais perfeita naturalidade.

Não é necessário aprofundar a explicação de que essa prática nasceu em substituição aos juízos de Deus e às ordálias, próprias do direito germânico, com características de privatismo na solução das causas criminais.

chegar-se a um processo que fosse a síntese da estrutura acusatória individualista e do brutal procedimento inquisitório. Impunha-se o afastamento do juiz daquelas atribuições persecutórias, mas, por outro lado, não mais podia o Estado cruzar os braços no que tange à persecução penal. O Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse das partes privadas. Mas o juiz tinha de ser preservado, em prol de sua neutralidade e imparcialidade. Na verdade conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro “ovo de colombo” para o processo penal que surgiu modernamente. É notório o anacronismo entre a referência de Jardim e a de Foucault (a análise foucaultiana versa sobre época mais remota), porém, o objeto de raciocínio de ambos, embora antagônico, recai sobre o mesmo tema, ou seja, a inserção do Estado no processo penal. Este estudo fica com Foucault, como se vê.

Mas houve um aspecto, ainda, que facilitou a inserção das relações de saber-poder por parte do soberano e através do procurador sobre a classe dos súditos. É que, criada a idéia de infração (em substituição à questão privada, envolvendo apenas lesado e autor da lesão), onde o soberano incorpora o papel da vítima, e assim, impõe o poder e mantém a sua ordem, é preciso também criar um mecanismo que esteja fora dos limites da acusação (porque a acusação pressupõe uma resposta do acusado, uma possibilidade de produção de prova), um mecanismo unilateral de imposição do poder através do saber por parte do soberano. Surge então, o inquérito, conforme explica novamente FOUCAULT: *Se a principal vítima de uma infração é o rei, se é o procurador que se queixa em primeiro lugar, compreende-se que a liquidação judiciária não pode mais ser obtida pelos mecanismos da prova. O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como em uma luta entre dois indivíduos, que o acusado e o procurador se defrontam. É preciso encontrar um mecanismo que não seja mais o da prova, da luta entre dois adversários, para saber se alguém é culpado ou não.*³²⁰

E continua o filósofo, explicando que, entre outros modelos propostos, preferiu-se usar um modelo extrajudiciário: o inquérito, através do qual o representante do poder chamava pessoas consideradas capazes de conhecer os costumes, o Direito ou os títulos de propriedade. Reunia estas pessoas, fazia com que jurassem dizer a verdade, o que conheciam, o que tinham visto ou o que sabiam por ter ouvido dizer. Em seguida, deixadas a sós, estas pessoas deliberavam. Ao final dessa deliberação pedia-se a solução do

³²⁰ - Idem, p. 68.

problema.³²¹ Note-se que, além de unilateral, o inquérito assumia uma forma de obtenção do saber totalmente antidemocrática, porque de certa forma aristocrática (alguns escolhidos para manifestar opiniões — à vezes *por ter ouvido dizer*), e facilitadora da imposição direcionada do poder através do procurador.

Todos esses argumentos foram no sentido de demonstrar a relação histórica da figura do promotor com o poder soberano e as formas tradicionais de imposição do poder através do saber.

De se lembrar que até pouco tempo o Ministério Público era tido como órgão inerente ao Poder Executivo. Se hoje em dia, porém, existe uma independência funcional do promotor de justiça, é perfeitamente possível e verificável, a incidência do ranço normalizado de comportamentos herdados das origens ministeriais. E isso, não necessariamente em razão de uma atitude cômoda ou reacionária da instituição, mas pela subsistência de idéias normalizadas na sociedade, as quais trazem consigo muitos daqueles que vão assumir a função ministerial.

Poder-se-ia questionar o raciocínio aqui empreendido por se tratar de uma análise a partir das lucubrações de um filósofo mais afeito às teorias sobre as relações de poder, porém, menos familiarizado com a prática jurídica atual.

Todavia, são estudiosos do direito, atuais e inseridos no meio estudado, que, embora sob outro enfoque, trazem argumentos que parecem corroborar o raciocínio anterior.

É o caso, por exemplo, de MAZZILLI, inicialmente, quando aponta as origens da instituição Ministério Público. Primeiro Mazzilli aponta a linha geral dos estudiosos em invocar a origem do Ministério Público nos procuradores do rei do direito francês do Século XIII (*a Ordenança de 25 de março de 1302*,

³²¹ - Idem, p. 68-69.

de Felipe IV, foi o primeiro texto legislativo a tratar objetivamente dos procuradores do rei; crê-se, porém, que Felipe regulamentou o juramento e as obrigações de procuradores já existentes).³²² E como lembra ainda, a influência francesa é tanta na instituição, que até os dias de hoje usa-se a expressão *parquet*, para designá-la. A seguir, o autor refere-se às origens do Ministério Público brasileiro, que mais tem a ver com o direito português, também na figura dos “procuradores do rei em causas penais”.³²³

Sem entrar em digressões históricas, mas, lembrando sempre a relação e a submissão do promotor de justiça nas suas origens, ao mando direto do soberano, basta citar alguns pontos de MAZZILLI: *No Brasil-Colônia e no Brasil-Império, o procurador-geral ainda centralizava o ofício, não se podendo falar propriamente de uma instituição nem de garantia ou independência dos promotores públicos, meros agentes do Poder Executivo.*³²⁴

E continua: *A Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, passou a estabelecer que os promotores seriam nomeados por tempo indefinido pelo imperador, no município da Corte, e pelos presidentes, nas províncias; serviriam, enquanto conviesse a sua conservação ao serviço público, sendo, caso contrário, indistintamente demitidos.*³²⁵ Isso demonstra a fragilidade da função nas suas origens, indicando, embora não declaradamente, a necessidade do promotor em adequar-se ao sistema, sob pena do desligamento.

³²² - MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 2.

³²³ - Sobre o tema, ver também PIERANGELLI, José Henrique. *Ministério Público e Magistratura: frutos de uma mesma árvore*. In : *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: RT, 1992, p. 289-296. Lá o autor trata, inclusive (como se vê do título do ensaio), da função de magistrado, em certos casos, incorporada pelo promotor lusitano.

³²⁴ - MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 3.

³²⁵ - Idem, ibidem.

É claro que a partir do Código de Processo Penal de 1941(ainda em vigor), o promotor de justiça passou a ter maior liberdade e independência no exercício de suas funções, mas ainda assim, era constante a referência ao órgão ministerial como que uma extensão do Poder Executivo, traço que só foi superado a partir da atual Constituição.

ROBERTO LYRA, por sua vez, usando ensinamento de Berto Valori, busca as origens do Ministério Público ainda além, ou seja, no Antigo Egito, onde, entre os deveres do Ministério Público figurava o seguinte: *I) é a língua e os olhos do rei do país; II) castiga os rebeldes, reprime os violentos, protege os cidadãos pacíficos; III) acolhe os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV) é o marido da viúva e o pai do órfão; V) faz ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI) toma parte nas instruções para descobrir a verdade.*³²⁶ E continua Lyra, seu escorço histórico, não indo muito além das lições de Mazzilli, apontadas acima.

O fato é que a estreita ligação do promotor de justiça com o Poder Executivo (ou o similar à época própria) é patente desde a origem da instituição. E, mais ainda, havendo esta ligação, incorporava o promotor a figura do próprio soberano, atuando no sentido declarado de valorizar os justos e proteger os oprimidos, mas, de forma encoberta (ou enunciável, para lembrar Foucault), atuando no estrito interesse do Estado em manter-se acima de qualquer violação da ordem instituída, impondo, através do saber obtido nos procedimentos criminais (em relação à sociedade), e do saber obtido através da penalização (sobre a vida do acusado), a reação necessária a qualquer atuação que pudesse significar, ou incentivar até, a ameaça à sua hegemonia. E isso

³²⁶ - LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 17.

fica claro, porque a perda do controle sobre as atividades ditas criminosas significa abalo direto ao poder institucionalizado.

Essa ligação com o Poder Executivo, fica claro, nada mais é do que resquício da tradição, das origens, e, se esse traço foi trazido de antanho, com ele vieram alguns preconceitos e algumas idéias reacionárias, vinculando o promotor de justiça à idéia de acusador implacável, defensor intolerante da ordem, o que, antigamente, significaria a paz e a tranqüilidade sob os olhos do soberano.

Os estudos indicados são de obras de cunho deontológico, pretendendo dar ao iniciado na carreira ministerial as bases mínimas, no mais das vezes técnicas, para o ingresso e exercício na função. Não obstante, se encontra em MAZZILLI, também, traços críticos que, apesar de não coincidirem diretamente com a linha aqui adotada, servem de amparo à presente análise.

É o caso, inicialmente, quando o autor questiona o aspecto cultural dos candidatos ao cargo, aproveitando para criticar o ensino jurídico em geral: *Ter um diploma de bacharel em Direito, hoje, não significa habilitação profissional para as carreiras jurídicas. (...) Como examinador de concurso de ingresso ao Ministério Público, verificamos que, de forma inacreditável, estão com diplomas de bacharéis em Direito pessoas que mal sabem escrever. Um profissional nessas condições, seja como advogado, juiz ou promotor, acaba assumindo o trato de interesses que sucumbirão nas suas mãos muitas vezes apenas porque não está apto ao seu zelo.*³²⁷ E continua o autor, apontando, especificamente, erros primários de ortografia e redação de forma geral.

Mas, diante disso, a pergunta que se faz é a seguinte: um operador do Direito (o promotor, neste caso) que mal sabe escrever, consequência

³²⁷ - MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 9.

evidentemente da pouca leitura, portanto, destituído da cultura geral básica e desconhecedor dos princípios constitucionais básicos inerentes aos direitos fundamentais, não será muito mais suscetível à normalização burocratizante, aos resquícios reacionários da tradição, ao senso acusatório neurótico, do que um profissional bem preparado e suficientemente instruído na leitura e conhecimento?

E MAZZILI continua, corroborando o questionamento acima: *A par do desconhecimento da língua, temos o desconhecimento jurídico. Perguntas simplesmente elementares – como o significado do princípio da igualdade – foram deixadas em branco por inúmeros candidatos; a existência de leis de repercussão nacional, em vigor há anos – como a dos crimes hediondos –, sequer era do conhecimento de candidatos a promotores criminais... Também os concursos nem sempre são feitos com critérios adequados, privilegiando-se perguntas e respostas dogmáticas, não raro sem enfoque real ou efetivo.*³²⁸

O que se tem, nesse caso, é uma imposição do poder, pelo “saber ao contrário”, ou seja, um saber-poder negativo que necessariamente vai atuar em detrimento dos direitos fundamentais no processo, eis que a ignorância é campo fértil para o preconceito.

Ademais, a insistência tanto das escolas, quanto dos elaboradores e examinadores de concursos atuais, na dogmática pura, contribui decisivamente para a proliferação de tecnólogos em direito, burocratas insensíveis que vêm no domínio da lei fria o único requisito da profissão jurídica.

Portanto, a teia burocratizante que envolve a função ministerial é amplamente extensa e altamente poderosa, podendo atingir o promotor tanto pelo resquício da tradição, quanto pelo despreparo cultural, ou até pela suficiência de saber jurídico, se esta não se desprender do dogmatismo puro.

³²⁸ - Idem, p. 9-10.

Todos estes fatores podem estimular o preconceito, o conservadorismo, o reacionarismo e levar até à neurose burocrática.

O poder sem saber não é poder, por isso, o promotor inculto (e existem, porque nenhum concurso é perfeito) não pode exercer independentemente a sua função, porém, esse saber deve estar despido dos preconceitos que a tradição impôs à instituição e a sociedade mesma tratou de normalizar o comportamento esperado da figura do promotor.

No processo penal, portanto, o promotor deve estar atento à sua função social (que passa também, e primeiramente, pelo acusado) de co-defensor das instituições democráticas, fazendo com que o seu saber seja utilizado em prol da dignidade da pessoa humana (sem que isso venha a comprometer a persecução penal) e assim, evitando que tal saber seja utilizado como imposição de poder.

A Constituição da República é recente e traz consigo idéias também recentes até mesmo na história da humanidade. A democracia, tal qual se busca através das novas idéias contidas na Lei Maior, também é uma idéia recente (com a licença dos gregos). Por isso, o que se espera é um novo promotor, despido do ranço dogmatista e burocratizante que o tratou sempre como o acusador implacável como que sinônimo de “paladino da moral e bons costumes”.

Em contraposição à amplitude constitucional dos direitos fundamentais, à nova visão de democracia no processo, e à nova mentalidade que se espera do Ministério Público, especialmente no processo penal, a tradição, por sua vez, em que pese as vantagens culturais que traz consigo, só subsiste sem inovação, porque constituem, naturalmente, modelos antagônicos.

Destarte, tradição e democracia, geralmente, transitam por vias opostas...

3.1.2.1. Uma abordagem deontológica da função ministerial

Muito já se escreveu a respeito da função ministerial, e, principalmente, da sua deontologia³²⁹, enfocando aspectos que vão desde as atribuições do cargo, sua independência, seus deveres funcionais, sua estrutura unitária e indivisível e as vantagens que a nova ordem constitucional atribuiu a este Órgão, tanto do ponto de vista da sua maior inserção no contexto social (a aproximação com a sociedade), bem como em relação ao processo penal, assumindo agora uma posição mais ativa na persecução penal que vai desde o controle externo sobre a atividade policial até o monopólio da propositura da ação penal pública.

Por isso, trazer aqui toda uma descrição analítica da instituição seria por demais enfadonho, a essa altura do trabalho, bem como fugiria aos propósitos do presente estudo.

Portanto, restringir-se-á, aqui, apenas à relação de algumas atribuições ministeriais, inerentes ao processo penal, a partir da Constituição da República, não sem lembrar alguns aspectos complementares trazidos na Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), e sua implicação na prática judiciária cotidiana.

A função do Ministério Público, na forma do Capítulo IV, Seção I, da Constituição da República, está alçada à categoria de **função essencial à justiça**, tal como a advocacia pública, a advocacia e a defensoria pública. Destarte, no art. 127, a Carta Magna traz o seguinte: *O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,*

³²⁹ - Exemplos são as obras citadas de MAZZILLI, LYRA e PIERANGELLI, bem como CLÈVE, Clémerson Merlin. *O Ministério Público e a reforma constitucional*. In : *Temas...*, p. 101-119.

incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A atuação ministerial com vistas a um processo penal constitucional, então, já ganha relevo a partir do *caput* do artigo 127, na medida em que coloca o Ministério Público, portanto o promotor de justiça, como defensor não só da ordem jurídica, como também do regime democrático e interesses individuais indisponíveis.

Seria de se pensar que o texto analisado visaria a questão da atuação do Ministério Público, por meio do Procurador-Geral da República, e seus similares nos Estados-Membros, na questão da constitucionalidade, da ordem legal no ambiente federativo dos freios e contrapesos, o que não é um pensamento errado.

Porém, a abrangência do texto constitucional atinge também a escala micro, ou seja, a relação promotor de justiça e demais atores do processo penal. E defender a democracia e a ordem constitucional, no caso, é também defender o direito individual do acusado à liberdade, e à dignidade humana no curso do processo.

No mesmo sentido se pode inferir das disposições do parágrafo primeiro do artigo em estudo, que prevê como princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, o que, no processo penal, permite a segurança de um promotor de justiça autônomo no exercício de sua função e forte, pois ancorado no poder atribuído na sua instituição, fatores que podem fortalecer o profissional na defesa da democracia processual. E trazendo esta idéia para o âmbito dos Estados-Membros, prevê o artigo 128, § 5.º, da Constituição Federal: *Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as*

atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, por voto de dois terços de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4.º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153 § 2.º, I.

Note-se que, a partir das garantias inerentes ao exercício da função, o promotor de justiça já tem motivos de sobra para ser um defensor das garantias constitucionais no processo penal, eis que, tanto para perda do cargo (art. 128, § 5.º, letra “a”), quanto para a sua transferência forçada (art. 128, § 5º, letra “b”), são garantidos ao representante do Ministério Público o contraditório e a ampla defesa, tudo sem contar a segurança que tais garantias indubitavelmente vem a trazer para o exercício da função, complementos indispensáveis à independência funcional (se essas garantias assistem antes ao promotor mesmo, tanto mais deve ele fazê-las efetivas no exercício de sua função, até por uma questão de interesse de classe).

Mas, para que a sua neutralidade não seja comprometida não basta apenas que a Carta Magna traga ao representante do Ministério Público uma relação de garantias no exercício da função. Por isso, a Lei Maior, no mesmo artigo 128, arrola as necessárias vedações ao promotor: *Art. 128, II: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; c) participar de sociedade comercial, na forma da lei; d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério; e) exercer, atividade político partidária, salvo exceções previstas na lei.* Tudo isso, é evidente, não

tem o condão de afastar o promotor de justiça da sociedade, mas evitar que fatores externos, incompatíveis com a neutralidade que o cargo exige (dirigir empresa particular, advogar, militar em partido político), possam interferir no exercício da função. Aliás, esses mesmos fatores podem vir a gerar a assepsia e a burocratização reacionária, elementos incondizentes com um Ministério Público democrático.

Quanto às funções institucionais do Ministério Público, a Constituição prevê, no artigo 129, entre outras: *I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos seus serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia; (...) VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; e no § 2.º deste artigo: As funções de Ministério Público só podem ser exercidas por integrantes da carreira, que deverão residir na comarca da respectiva lotação.*

Quanto aos termos do artigo 129, é importante destacar o monopólio constitucional da propositura da ação penal pública, acabando a atual Constituição, com a instauração de ação penal de ofício (o que se vê, também, no artigo 25, III, da Lei 88.625/93), como se dava no sistema anterior. Tanto este aspecto, inserido no inciso I, quanto os termos do inciso II, do art. 129, tem importância fundamental porque, além de ressaltar o poder da instituição ministerial, faz com que o Ministério Público tenha maior liberdade no exercício da função, trazendo para a esfera constitucional a possibilidade (constituída em dever) de fiscalização dos demais órgãos do Poder Público no

que tange ao respeito ao acusado na prática processual penal³³⁰. Ademais, a sua posição de *dominus littis*, é uma garantia dessa fiscalização mesma, já que o poder da persecução, só seu, passa a decorrer da função mesma de fiscal das instituições democráticas.

Ressalte-se a obrigatoriedade de residência na comarca da lotação, fator determinante para (entre outros aspectos) que o promotor conheça os costumes, a sociedade e a realidade do local em que atua, o que no Brasil, dada a diversidade étnica e cultural, varia, consideravelmente às vezes, até de uma cidade para outra.

Ademais, na forma do art. 19, § 2.º, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), *os Procuradores de Justiça exercerão inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público*. Assim, a atuação ministerial no sentido de fazer valer os direitos fundamentais, bem como os propósitos estampados no artigo 129, da Constituição, tem mais possibilidade de ser efetivada, só não o sendo se, burocratizado juiz, o promotor não cumpra a sua função de fiscalização dos direitos fundamentais, e, maculado também o trabalho ministerial, os demais atores do processo penal, contaminados de comodismo crônico, deixem (propositadamente ou não) de observar os termos da Lei e da Constituição, provocando a atuação institucional sobre os faltosos com a Lei Maior.

No mesmo sentido são os termos do artigo 27, da aludida Lei: *Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito: I – pelos poderes estaduais ou municipais; II – pelos órgãos da*

³³⁰ - Essa fiscalização também incide sobre os estabelecimentos prisionais, nos termos da Lei Orgânica Nacional do M.P., artigo 25, VI.

Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta; entre outras atribuições.

Do ponto de vista da observação do devido processo legal, as atribuições apresentadas são, embora não as únicas, as principais do Ministério Público, lembrando sempre que tais atribuições visam, e devem visar, mais do que o interesse corporativo da força institucional, os direitos fundamentais da pessoa humana submetida a julgamento. É com o fim maior da defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais que a instituição Ministério Público ganha relevo na Constituição da República, perdendo então aquela característica de órgão vinculado ao Poder Executivo, para figurar quase como que um quarto poder, ou, no mínimo, uma instituição necessária ao equilíbrio essencial do sistema federativo, ou, como lembra MORAES, *um fiscal da perpetuidade da federação*.³³¹

O próprio MORAES, ainda ensina: *Para a garantia desta fiscalização e do próprio regime democrático, a constituição conferiu importantes funções e garantias institucionais ao Ministério Público, impedindo a ingerência dos demais poderes do Estado em seu funcionamento, pois como escrevia Madison, todo o poder tende a ser invasor e, por isso, deve ser posto em condições de não exceder os limites que lhe são traçados, razão pela qual, depois da divisão de poderes, o mais importante é garanti-los contra suas recíprocas invasões*.³³²

Mais adiante, insistindo MORAES no sentido de que as funções e garantias institucionais do Ministério Público encontram sua razão de ser na defesa dos direitos fundamentais do cidadão e da sociedade, bem como do regime democrático e da separação de poderes, cita julgado do STJ, ancorado

³³¹ - MORAES, Alexandre. Op. cit., p. 464.

³³² - Idem, *ibidem*.

na lição do Ministro Celso de Mello: *Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil. Posto que o Ministério Público não constitui órgão ancilar do Governo, instituiu o legislador constituinte um sistema de garantias destinado a proteger o membro da Instituição e a própria Instituição, cuja atuação autônoma configura a confiança de respeito aos direitos, individuais e coletivos, e a certeza de submissão dos Poderes à lei.*³³³

Portanto, no processo penal, o promotor de justiça, respeitados os princípios constitucionais do processo, bem como as garantias e atribuições inerentes à função, deve atuar no sentido da fiscalização do devido processo legal, possibilitando, incentivando e garantindo através de sua atuação, a ampla defesa, o contraditório e a máxima oportunidade de busca da verdade real, reconhecendo nos seus atos institucionais, via de consequência, o estado de inocência como pressuposto da igualdade processual enquanto não transitada em julgado sentença condenatória.

O desafio, porém, que exige do promotor de justiça um grande desdobramento humanístico, e a máxima consciência constitucional, está em conciliar os deveres acima com a função acusatória que o vincula à persecução penal no mais das vezes, e é sobre essa questão que se tratará a seguir.

3.1.2.2. A incompatibilidade ontológica: parte processual/fiscal da lei

³³³ - Idem, p. 467. (destaque em itálico no original)

A idéia de qualificar o promotor de justiça como “parte” no processo penal, no mais das vezes, causa arrepio aos processualistas de uma forma geral.

É que, partindo-se da obrigatoriedade da ação penal, pelo qual o promotor, verificada a materialidade de crime e indícios suficientes da autoria, não tem outra alternativa senão propor a ação penal; partindo-se do princípio da indisponibilidade, pelo qual, mesmo constatada a inocência e perdido o objeto da ação pela falta de interesse de agir, ainda assim, segue a ação penal até final decisão (a não ser em casos excepcionais, como a prescrição, v.g.); ademais, considerando-se que a produção de prova no sistema processual penal brasileiro não está adstrita somente à acusação e defesa, mas funda-se também na busca da verdade real, podendo e devendo o julgador determinar providências no sentido da busca dessa verdade, tudo isso, faz com que se veja desconstituída a idéia de lide penal, enquanto pretensão resistida ou insatisfeita, submetida a juízo, conseqüentemente, se não há lide, não há se falar em partes, pelo menos no sentido material, ou seja, de contendores.

Tais argumentos são perfeitamente aceitáveis de um ponto de vista deontológico, mas, a partir da observação da prática processual penal, da sistemática do desenvolvimento de um processo penal desde a sua origem, e a abordagem que é dada por muitos dos representantes do Ministério Público, já maculados de burocratização, fica difícil, na prática, não ver o Promotor de Justiça (e Procuradores da República, evidentemente) senão como parte no processo penal, no mais das vezes, pugnando pela acusação com o fervor mais condizente com a posição parcial do que propriamente como fiscal da lei, ou poder-se-ia dizer, fiscal da constitucionalidade do processo penal.

Entretanto, a doutrina tem insistido na idéia do processo sem partes. FIGUEIREDO DIAS, referindo-se ao processo penal português, inicia

discussão apontando, inicialmente, um conceito processual de partes, que designaria: *aqueles sujeitos processuais que discutem a causa e esperam do juiz uma apreciação da decisão do mérito dela*.³³⁴ E, em segundo lugar, aponta o conceito material: *temos de as entender [as partes] como os titulares de interesses contrapostos que no processo se discutem e se encontram concretamente em jogo; acusador e acusado serão então verdadeiros contendores, em cuja atividade processual se defrontam interesses opostos e cujos direitos processuais entram concretamente em conflito*.³³⁵

Segundo o autor português, então, para se considerar o processo penal um processo de partes, inicialmente, seria necessário pressupor que os interesses tanto de Ministério Público quanto de acusado, embora diferentes, tivessem o mesmo valor jurídico, bem como, necessário seria que ambos se colocassem em igualdade perante o juiz. Segundo o autor citado, não é isso que acontece no processo penal de sua terra, mormente porque lá há uma fase inquisitorial diferenciada: *É na verdade indiscutível que o MP surge, no nosso processo penal, em posição jurídica supraordenada à do arguido e que isto mesmo se patenteia nos poderes e funções que processualmente lhe assistem: o MP tem por si, desde logo, todo um aparato investigatório e coactivo (o poder do Estado, as forças policiais e de segurança, os estabelecimentos especializados de investigação, etc)*.³³⁶

Em continuidade, reconhece a possibilidade de defesa do dito arguido em face do aparato tecno-probatório que tem o Ministério Público, mas, mesmo reconhecendo-a, acrescenta: *Mas se o arguido se não encontra, face ao MP, sem direito, a verdade é que não possui, na fase da instrução*

³³⁴ - DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 244.

³³⁵ - Idem, p. 246.

³³⁶ - Idem, p. 250.

*preparatória, direito igual; e isso é que importaria para que fosse legítimo, desta perspectiva, falar em um processo de partes.*³³⁷

Isso que fora demonstrado por Figueiredo Dias, em relação à fase inquisitória em Portugal, é verificado no Brasil, tanto na fase inquisitorial (de modelo diferente da portuguesa, pois, erroneamente ainda não garantida por um mínimo de contraditório, sobre o que já se discutiu no Capítulo II) quanto na fase da instrução, já que a desvantagem do acusado em relação ao promotor é patente. Aqui, mesmo na instrução, o promotor dispõe do aparato estatal na produção da prova; dispõe de uma polícia judiciária que muitas vezes atua mais no sentido de “auxiliar da acusação” do que investigadora da verdade; dispõe de uma proximidade com o juiz distante daquela disponível ao acusado e seu defensor, muitas vezes, tendo seu gabinete e o do julgador separados apenas por uma fina parede de compensado etc..

E isto reforça o argumento de Figueiredo Dias se utilizado para o processo penal brasileiro? Teoricamente sim, mas na prática entende-se que não. Pelo contrário, se o promotor se deixa levar pela burocratização, e passar agir como parte processual (o que o sistema incentiva, com sua forma), nesse contexto, pior para o acusado.

No mais, Figueiredo Dias defende a idéia que mesmo na instrução, onde, para ele, há a igualdade processual, não há se falar em partes, justamente por estar atrelado o promotor ao princípio da legalidade, da indisponibilidade, da obrigatoriedade, e do modelo acusatório que tira a idéia de partes no processo penal porque coloca na figura do juiz, e não dos interessados a gestão da prova a ser produzida. Além do mais, para Figueiredo Dias, no processo penal, o promotor atua a fim de realizar a função *de colaboração com o juiz na descoberta da verdade e na realização do direito que é, em último termo, a*

³³⁷ - Idem, p. 251.

*verdadeira razão da intervenção do MP no processo penal.*³³⁸ Assim, a função do promotor no processo penal está estreitamente ligada a um dever de objetividade, e objetividade, por óbvio, não combina com a conduta parcial, essencialmente subjetiva.

No mesmo sentido é a conclusão de FENECH, para quem, no processo penal, só há partes no sentido processual, e isto não só por uma distinção pura e simples, mas por uma necessidade da dualidade de partes: *Así llegamos al concepto de **parte em sentido procesal**, entendiendo por ésta la persona **rem in iudicium deducens**, de un lado, y de outro, **is contra quem res in iudicium deducitur**. Esto es, son partes la persona que pide y aquella frente a quien se pide al titular del órgano jurisdiccional la actuación de la pretensión penal y la de resarcimiento, en su caso.*³³⁹

E completando seu raciocínio, FENECH primeiro deixa clara a parcialidade como característica da parte, mas, para adequar a figura do promotor de justiça, o autor distingue a sua parcialidade, como uma parcialidade instrumental, ou seja, “é parcial mas não é”, conforme se infere de suas palavras, segundo as quais, uns defendem interesses que podem ser morais, materiais, espirituais, públicos ou privados, *otros intervienen de modo instrumental, o sea, defendiendo los intereses de aquellos otros, en virtud de una función pública, o de una profesión tecnicojurídica, y su parcialidad está engendrada por la conciencia serena de su deber de defender los intereses que les han sido confiados. Dentro de estos últimos encontramos a los representantes del Estado, ya que éste no puede intervenir directamente en el proceso por su calidad de persona jurídica. Se vale del Ministerio Fiscal y*

³³⁸ - Idem, p. 365.

³³⁹ - FENECH, Miguel. *El proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1956, p. 21.

*del Abogado del Estado para satisfacer su interés de reprimir las infracciones y perturbaciones del orden jurídico.*³⁴⁰

Para MAZZILLI, por sua vez, o Ministério Público é “parte imparcial”, porque, apesar de ter os ônus e faculdades processuais, e ainda os direitos públicos subjetivos de disposição do conteúdo formal do processo, não tem interesse particular no processo, senão o interesse do Estado, o qual defende. Ademais, valendo-se da lição de Dinamarco, que acaba por preceder contrariamente o que será defendido adiante no presente trabalho, ainda acrescenta: *a lição comum que contrapõe parte e fiscal da lei, “nada tem de científico, pois baseada em critérios heterogêneos (ser parte não significa não ser fiscal da lei e vice-versa). A qualidade de parte reside na titularidade dos deveres, ônus, poderes, faculdades, que caracterizam a relação processual: partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz, ou os sujeitos interessados da relação processual (em confronto com o juiz, que é imparcial e desinteressado do resultado final da causa). Ora, o órgão do Ministério Público, uma vez no processo, é titular dessas posições jurídicas processuais inerentes à relação jurídica que se estabelece no processo, seja fiscal da lei ou não”*.³⁴¹

Dinamarco e Mazzilli têm razão: não é científico imaginar uma contraposição entre parte e fiscal da lei, entendendo ser uma posição excludente da outra. Mas, se não é científico tal raciocínio, não o é porque o ponto de partida que tem sido adotado pelos autores citados é meramente deontológico, e dir-se-ia até, por demais romântico, entendendo que a atuação

³⁴⁰ - Idem, p. 21.

³⁴¹ - MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 154. No mesmo sentido: CERNICHIARO, Luiz Vicente & COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, 3.ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 1995, p. 107.

de “parte” do promotor restringe-se a viabilizar o contraditório através das formalidades processuais.

A partir de uma ótica institucional e ancorada no dever-ser, é fácil imaginar um promotor de justiça zeloso para com os seus deveres processuais, para com a obrigatoriedade na persecução, e ao mesmo tempo consciente do dever constitucional de garantir e fiscalizar a constitucionalidade do processo.

Entretanto, se se considerar que o promotor de justiça é antes de tudo um ser humano, e por conseguinte, suscetível às mais diversas formas de vaidade, preconceitos, defeitos e fraquezas, fica difícil imaginar que as duas posições (fiscal da lei e parte processual) sejam assim tão facilmente conciliáveis sem que deva acompanhá-las um desprendimento considerável por parte daquele que as vai assumir. É o que se espera do promotor, porém, não é o que se verifica nas atuações de todos eles.

Ora, o que é o contraditório? Já se estudou aqui: o contraditório é garantia constitucional inerente à ampla defesa e efetivador da dignidade da pessoa humana submetida a julgamento no processo penal. Mas, partindo-se da ótica da burocratização, ótica necessária, pois se está a analisar um ser humano, o contraditório, desviado de sua função constitucional, e estendido como querem Dinamarco e Mazzili, à mera formalidade processual (estendido, não transformado, respeite-se os autores) se mal interpretado pelo promotor reacionário pode se tornar uma ameaça à constitucionalidade do processo.

Veja-se, pois, o raciocínio de CARNELUTTI, respondendo à própria pergunta em relação à utilidade do defensor: *E como compeli-lo a ser útil, porém inócuo? Contrapondo-se aquele outro raciocinador parcial no sentido inverso, que se chama ministério público e deveria chamar-se, mais exatamente, acusador. No ordenamento atual do processo penal, o ministério público não é essencialmente um acusador; ao contrário, é concebido*

*diferentemente do defensor, como um raciocinador imparcial; mas aqui, digo, há um erro de construção da máquina, que também por isso funciona mal; de resto, nove vezes sobre dez, a lógica das coisas leva o ministério público a ser aquilo que deve ser: o antagonista do defensor.*³⁴² De fato, pouco de científico há nestas palavras de Carnelutti. Mas o mestre italiano, quando as escreveu não estava preocupado com formalismos científicos (até porque, os burocratas não iriam depor contra si mesmos), mas com a realidade vivida.

E continua CARNELUTTI, tão realista que até ferino: *Desenvolve-se assim, sob os olhos do juiz, aquilo que os técnicos chamam de “contraditório”, e é, realmente, um duelo: o duelo serve para o juiz superar a dúvida; a propósito disto é interessante notar que também duelo, como dúvida, vem de “duo”. No duelo se personifica a dúvida. É como se, na encruzilhada de duas estradas, dois bravos se combatessem para puxar o juiz para uma ou para outra. As armas, que servem para eles combaterem, são as razões. Defensor e acusador são dois esgrimistas, os quais não raramente fazem uma má esgrima, mas talvez ofereçam aos apreciadores um espetáculo excelente. (...) A verdade é que o contraditório o ajuda [o juiz] justamente porque é um escândalo: o escândalo da parcialidade, o escândalo da discórdia, o escândalo da Torre de Babel.*³⁴³

Não se trata de questionar a função do promotor, tampouco a Instituição Ministério Público. Trata-se, isto sim, de questionar um sistema por demais formalista que se esquece das suscetibilidades humanas, iludindo-se com uma imparcialidade que ele mesmo trata de desestimular.

De lembrar-se, novamente, CARNELUTTI: *todas as sentenças de absolvição, excluídas aquelas por insuficiência de provas, implicam a*

³⁴² - CARNELUTTI, Francesco. *As misérias...*, p. 39-40.

³⁴³ - Idem, p. 40-41.

*existência de um erro judiciário.*³⁴⁴ O promotor de justiça, a partir do momento que oferece a denúncia, no seu íntimo, assume um compromisso (mais propriamente moral e corporativo, do que técnico) de provar as razões de sua iniciativa, de demonstrar que tomou a decisão certa (até porque, já na denúncia é formulado o pedido de condenação), e isto fatalmente implicará não só em um desdobramento nesse sentido como também numa tendência à intransigência teórica, até porque, não lhe é permitida a transigência técnica.

Não irá querer o promotor deixar que, ao final do processo, seja comprovada a existência do erro judiciário, pela persecução, pelo constrangimento, pela injusta incriminação impostos a um inocente. Como bem questionou CARNELUTTI, referindo-se aos acusadores e defensores: *é sabido por todos que não são eles que julgam, porém, ao invés, também eles são julgados: acusadores e defensores ouvirão dizer, ao final, do juiz, se estavam errados ou certos; não é isso um ser julgado?*³⁴⁵

E mesmo quando se tratar de uma absolvição por insuficiência de provas, mais ainda ficará patente que o Estado imputou a alguém a prática de ato delituoso, mas não conseguiu provar, ou seja, acusou mas não provou, portanto, praticou injustiça, porque o inocente sofreu todas as humilhações que o processo penal contém.

Nesse quadro, qual a posição natural do ser humano? Lutar o máximo para provar que não está errado; desdobrar-se em comprovar a sua tese; “tirar leite de pedra”. Fala-se de um egoísta? Sim, mas quantos egoístas estão nesse momento preenchendo os mais variados cargos públicos?

E se o promotor tem diante de si um advogado prepotente, ou polemista, ou alguém por quem simplesmente não nutre qualquer simpatia? O promotor

³⁴⁴ - Idem, p. 62.

³⁴⁵ - Idem, p. 18-19.

jamais vai querer demonstrar que sabe menos, se for o caso, ou, jamais deixará que o outro demonstre, sem maiores dificuldades, que sabe mais. Assim, mais um motivo para a luta que deveria ser uma busca da verdade dentro dos limites constitucionais, tornar-se uma briga particular entre dois técnicos, dois burocratas, para se ver, ao final, quem é o melhor: “eu absolvi!”, “eu condenei!”.

E isto, repita-se, não é uma acusação aos promotores de forma geral, nem um devaneio teórico impossível. O sistema permite que condutas como estas sejam facilmente encontradas e são.

Ora, muitos são os promotores de justiça (talvez a maioria) que fazem jus a tal designação. Zelosos com a função, defensores da Constituição e da dignidade da pessoa humana sob julgamento, respeitadores do “estado de inocência”, enfim, cumpridores do dever constitucional que assumiram. Estes, ao ler estas linhas, certamente iriam assentir com a cabeça e lembrar algum colega que se enquadra na situação descrita anteriormente.

Porém, o promotor burocratizado (como bem disse Zaffaroni em relação ao juiz), será o primeiro a se levantar contra a tese presente, consciente ou não, de que é ele o mais afetado pela burocratização, pelo pedantismo bacharelista ou principalmente pela neurose reacionária.

Se o sistema facilita essa posição dúbia de fiscal e de parte, facilita como? Facilita quando limita a autonomia ministerial; quando cobra do promotor de justiça uma postura de fiscal da lei, mas ao mesmo tempo exige uma postura acusatória pelas próprias formalidades processuais; quando transforma o estado de inocência em estado de culpabilidade exigindo do promotor aquela postura sempre desconfiada e sisuda.

O promotor normalizado pelo senso comum, formalista o suficiente para se apegar às exigências do sistema, ou temeroso pela ascensão funcional,

facilmente sucumbe às exigências desse sistema, e jamais entenderá a extensão da função de fiscal da lei e principalmente da constitucionalidade do processo penal, abrangente da função de parte no processo, esta meramente instrumentalizadora (um conceito perigoso, mas lógico).

Por sua vez, o promotor moderno, democrático, humano o suficiente para se entender humano, este compreenderá a distinção. A lição de Dinamarco, portanto, pode servir para os dois, mas somente este a entenderá perfeitamente.

3.1.3. O Acusado: o saber como medida da submissão

Na mecânica do poder que envolve as relações dos atores do processo penal, o acusado é aquele cuja atuação é a menos expressiva, porque, geralmente, constituída numa conduta omissiva, mas, apesar disso, dotada da sua significação.

Essa atuação pode ser exercida tanto pelo acusado mesmo, quanto através de seu defensor, e, no mais das vezes ambas se confundem. Aqui, falando pelo outro o advogado, este pode tanto lutar para fazer valer a vontade e os direitos fundamentais do acusado, quanto deixar-se levar ou contribuir para a burocratização verticalizante, incorrendo no comodismo crônico. Nos dois casos, porém, quem sentirá diretamente os efeitos do ato ou omissão será, sem dúvida, o acusado mesmo. Por isso, se diz que as atuações de acusado e advogado, no que tange às relações de poder no processo, no mais das vezes se confundem. E é por isso, também, que se preferiu falar de ambos num mesmo tópico, dando-se ênfase para o acusado.

Na verdade, o advogado, nas relações de poder do processo, é mais um “dublê” do acusado até a decisão, mas, quem suporta diretamente as conseqüências dessas relações de poder é sempre o acusado.

É que o poder, para ser exercido (consciente ou inconscientemente; favorável ou desfavoravelmente; bem ou mal) necessita do destinatário daquele exercício, do ente sobre o qual recairão os efeitos da relação.

Daí que a participação do acusado nas (inevitáveis, como já foi dito) relações de poder inerentes ao processo penal pode ser mais ou menos produtora, ou contraproducente, no sentido da realização do devido processo ou da burocratização em qualquer de suas formas, na medida do saber, ou impressão de saber, que esse acusado consiga transmitir aos demais atores por ocasião de sua participação.

E esse saber trazido pelo acusado tanto pode dizer respeito à causa em si (que representa uma espécie de saber), quanto a um saber acumulado em virtude das suas condições pessoais (uma outra espécie de saber), ou ainda, um saber inerente ao advogado constituído, este último, que pode advir tanto da expectativa de saber gerada pela reputação do advogado, quanto de um saber demonstrado por ocasião da participação processual.

O saber inerente à causa em si, manifestado no processo, embora possa ter uma influência enorme na descoberta da verdade, e por isso mesmo, é um saber que mais interessa aos demais atores do que propriamente ao acusado para ver observada a sua garantia do devido processo, pela ampla defesa e contraditório, bem como a dignidade humana.

É sabido que o interrogatório não pode ser visto como **meio**, senão como **fonte** de prova, principalmente na prática atual onde não há a participação ativa da defesa técnica por ocasião daquele ato, fator que descaracteriza o contraditório e altera o valor da prova ali produzida, além do

mais, está ali garantido o direito ao silêncio e a desobrigação de falar a verdade.

Entretanto, o valor-verdade de uma confissão é visto comumente com mais plausibilidade do que o valor-verdade de uma negativa, porque o senso-comum tem gravada a idéia de que é mais fácil que o acusado minta para se livrar, do que fale a verdade para se auto-incriminar, o que tem uma certa lógica, mas não pode ser tido como regra geral, sob pena de se estar ignorando o princípio do estado de inocência já a partir da primeira manifestação processual do acusado.

Na realidade, a confissão deveria ser vista pelos demais atores do processo com a mesma desconfiança (ou confiança, em face do estado de inocência) que a negativa, o que no mais das vezes não é o que acontece. E o sistema trata de assegurar o preconceito trazido pelo senso-comum, através das formalidades que exige e os benefícios que gera (mais retóricos do que efetivos) àquele que confessa. Na verdade, a desconfiança de juiz e promotor atuam quase sempre sobre o que diz o acusado a seu favor, e quase nunca sobre o que diz contra si mesmo.

Em análise histórica do sistema penal, observando o nascimento desse sistema e sua inserção na Idade Média e os Séculos que a sucederam, FOUCAULT assim escreveu em relação à confissão: *Como já dizia o direito medieval, a confissão torna a coisa notória e manifesta.(...) Mas embora ela deva ser, no processo, a contrapartida viva e oral da informação escrita, a réplica desta, e como que sua autenticação por parte do acusado, será cercada de garantias e formalidades. Ela conserva alguma coisa de uma transação; por isso exige-se que seja “espontânea”, que seja formulada diante do tribunal competente, que seja feita com toda consciência, que não*

*trate de coisas impossíveis, etc.*³⁴⁶ Analisando as palavras de Foucault, em confronto com os termos do Código de Processo Penal, nos artigos 185 a 196 (Do interrogatório do acusado), 197 a 200 (Da confissão) combinados com o artigo 65, III, “d” (confissão espontânea como circunstância atenuante da pena), parece que o filósofo estaria analisando o sistema brasileiro, o que demonstra que, apesar dos aspectos conjunturais e estruturais que separam o mundo moderno, os fins do sistema penal não mudam muito na história e na geografia.

Destarte, a forma de saber, manifestada no interrogatório através da confissão, altera o olhar dos operadores do Direito em relação ao acusado, mas as garantias que a envolvem nada têm a ver com o devido processo. Assim, considerada a função do processo penal, já tão mencionada neste trabalho, conclui-se que a confissão mais serve à imposição do direito material do que à efetivação do processo penal: é mais um instrumento de imposição do poder pelo saber do que uma forma de amenizar as consequências de sentença condenatória, e menos ainda uma forma de interferência no devido processo, até porque, ela mesma, a confissão, não exclui e nem altera o contraditório, podendo ser retratada no curso do processo, ou ignorada à evidência de outros elementos trazidos ao caso.

Assim, a confissão é inútil no devido processo legal, primeiro porque, se o acusado passa ser “bem tratado” por ter confessado, confirma-se a demonstração do bacharelismo vindo de cima, afagando o submisso declarado; por outro lado, se passa a ser “mal tratado” por ter negado uma “evidência”, tanto pior, pois declara-se o desrespeito ao estado de inocência. Portanto, a influência da confissão (mera forma de “saber”) no devido processo deve ser nenhuma, se se quer a prevalência da Constituição no processo penal.

³⁴⁶ - FOUCAULT, Michel. *Vigiar...*, p. 38.

Mas a confissão pode ser útil ao acusado que já traz consigo um saber acumulado por sua vivência ou seu preparo intelectual. Este saberá quando a confissão poderá angariar a simpatia dos demais atores; saberá como falar, que tom empregar, que palavras usar. Por outro lado, saberá também quando a confissão não lhe será útil ou em nada lhe beneficiar, ou seja, saberá quando ficar calado.

Este acusado figura na segunda forma de saber a que se mencionou acima.

O acusado intelectualizado, num primeiro momento, já encara os demais atores do processo com uma tranqüilidade maior do que uma pessoa despreparada intelectualmente. Para ele, o juiz não deixa de ser uma autoridade respeitável, mas, antes de tudo, é um funcionário público que está ali para cumprir a sua função, e respeitar a lei e os direitos fundamentais, o que lhe dá mais tranqüilidade, para responder eventuais perguntas, sem o constrangimento, o medo e a insegurança que fatalmente recairiam sobre uma pessoa sem cultura intelectual (que, diga-se, representa a maioria no Brasil).

Ademais, tanto o juiz como o promotor de justiça, diante de um acusado “doutor”, terão necessariamente um maior cuidado no proceder, tanto com as palavras quanto com os atos, evitando gafes, lugares-comuns, afetações, tudo de forma coerente com a manifestação de sua competência funcional e a sua autoridade.

Nada mais comum do que uma reação de respeito a alguém que se declara ou é reconhecidamente um intelectual, e nem os juizes e promotores estão imunes a esta reação.

Ainda que a boa intenção e o caráter do juiz não permitam que ele venha a tratar o acusado menos intelectualizado de forma indiferente ou ruim, estes

mesmos elementos não impedirão que trate o mais intelectualizado de forma ainda melhor, porque mais horizontal, no mínimo.

Não resta dúvida, portanto, que a maioria dos acusados no Brasil (oriundos das classes menos possuídas, e, conseqüentemente, menos intelectualizadas) pode contribuir também para com a disseminação do bacharelismo, da burocratização, do pedantismo, porque eles mesmos, os acusados, tratam os demais atores do processo como divindades inatingíveis.

Cabe então, ao juiz e promotor de justiça, bem como ao advogado no que lhe disser respeito, atentar para esse detalhe, e não se deixar levar pelo deslumbramento normalizador, para que não sofra o devido processo legal em todas as suas formas, principalmente, no quesito da igualdade processual.

A outra manifestação do saber, por parte do acusado, tendente a interferir no andamento da relação de poder no processo penal é aquela que recai sobre a figura do advogado.

E para o que interessa ao presente estudo, pode-se dizer que há três tipos de advogado cuja interferência é determinante nas relações de poder: primeiro, aquele cujo trabalho é exercido normalmente, sem maior alarde, mas com competência e discrição, usando da eloquência com parcimônia mas sem deixar que o comedimento seja confundido com conivência. A interferência deste profissional em favor do acusado nas relações de poder que permeiam o processo penal é óbvia, porque traz todas as condições de efetivação da ampla defesa e contraditório com força suficiente para neutralizar eventuais ações viciadas de burocratização, verticalização, neuroses dogmatistas etc., que possam advir dos demais atores do processo. Tudo isso sem contar o efeito preventivo da imposição comedida de respeito pelo advogado vislumbrada pelos demais atores.

Há também a figura do advogado que, incompetente ou não, é visto como tal pelos demais atores. A atuação dessa figura terá consequências notáveis no devido processo se estiver confrontada com juiz e/ou promotor burocratizado, já que o advogado (ainda que superficial e formalmente respeitado) poderá ser preconceituosamente ignorado, nos seus argumentos, nas suas exaltações, nos seus aprofundamentos. E se for mesmo incompetente, sequer terá condições de prever ou detectar a burocratização atuando em detrimento da sua causa, ou em detrimento da dignidade do seu cliente. Vê-se, aí, uma forma devastadora de efeito negativo do saber na relação de poder Estado/acusado. Cabe aqui, aos demais atores, não confundir acusado com advogado, bem como, conscientes de seu papel constitucional (e da função precípua do processo penal), auxiliar para que, no mínimo, e, a despeito das deficiências técnicas do advogado, fique garantida a dignidade da pessoa submetida a julgamento. Quanto ao contraditório e à ampla defesa, aqui, o papel do promotor de justiça tornar-se-á de importância redobrada, já que, como fiscal da constitucionalidade, assume um compromisso maior com a busca da verdade, seja ela qual for.

Contrariamente ao segundo tipo mostrado, há uma terceira categoria de atuação do saber-poder no processo penal através do advogado, aquela exercida pelo advogado conhecido como “medalhão”, a cujo acesso (com algumas exceções) têm somente os acusados das classes mais abastadas.

Característica desse advogado é que a fama o precede e ele geralmente sabe disso. A influência desse tipo de profissional na atuação de promotor e de juiz pode ser pior do que a do acusado intelectual, porque o conhecimento, no caso do advogado, é técnico, reconhecido e festejado por todos.

Mas há um porém. O senso-comum tem como certo que o “medalhão” será quase sempre o vencedor, ou seja, contratá-lo é ter a causa praticamente ganha... ledo engano.

É óbvio que um profissional de notório conhecimento, respeitado, conhecido, terá todas condições para fazer valerem as garantias constitucionais do acusado no processo penal. Sim, mas até mesmo este profissional (muitas vezes, mais do que qualquer outro) deverá estar atento para a burocratização, para a verticalização e o dogmatismo no processo, por vários motivos. Se o tratamento dispensado a este profissional for diferenciado, dada a sua fama, seu conhecimento, não significa uma grande vantagem para a Justiça como um todo, porque estará ali constatada uma falha no respeito à igualdade constitucional. Todavia, melhor para seu cliente.

Por outro lado, o advogado afamado, conhecido, pode ser tão pedante quanto um juiz burocratizado ou um promotor neurótico e aí é que surge o problema. Na ânsia pela manifestação do saber e do poder, o que seria uma vantagem para o acusado (constituída na figura imponente de seu defensor) passa a representar um grande prejuízo, pois poderá gerar má-vontade e atitudes desafiadoras por parte das autoridades (se burocratizadas, que fique bem claro), e a igualdade, aí, despenderá uma força redobrada pelo advogado, para que se a efetive. Ademais, o pedantismo do advogado poderá fazê-lo prevalecer a sua vaidade, o seu desafio pessoal (técno-jurídico) contra os demais operadores em detrimento do desafio vital de seu cliente, em ver garantidos os seus direitos fundamentais, e, principalmente, em ver a sua causa bem defendida. O risco é claro.

De qualquer forma, o juiz e o promotor conscientes, dignos do papel que exercem, independentemente do respeito para com o profissional reconhecido, tratarão a todos com a dignidade que a Constituição exige, e atuarão sempre,

independentemente da condição de acusado ou advogado, no sentido fazer valer a Lei Maior na prática processual penal.

Por isso, a submissão do acusado ao juiz e/ou promotor burocratizados, não resta dúvida, irá depender do saber trazido por si ou seu advogado ao processo, bem como, da administração cuidadosa desse saber no curso da relação processual.

3.1.3.1. Qual acusado?

Para desenvolver a idéia a que se propõe o tópico presente é preciso, num primeiro momento, que se passe pelos princípios do estado de inocência e da igualdade.

A Constituição da República, no seu artigo 5.º, inciso LVII, assim, dispõe: *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Por outro lado, o mesmo artigo 5.º, *caput*, na sua primeira frase, traz bem claro: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...*

Portanto, para a presente análise, o estado de inocência e o princípio da igualdade guardam entre si uma relação estreitíssima, à qual, a realidade normalizada pelo senso-comum tem imposto uma ligação muito tênue, ameaçando a prática processual penal e a sua visualização pelos operadores do Direito.

No que tange à igualdade, conforme já se mencionou nos itens anteriores, há uma certa dificuldade de fazê-la prevalecer na prática processual penal, tanto entre as partes, dadas as condições objetivas e aparato estatal que tem o Ministério Público (proximidade com o juiz, autoridade sobre a polícia que muitas vezes mais age como auxiliar acusadora do que como investigadora, e apoio da normalização social) prevalecendo-se ante o acusado;

quanto aos acusados de uma forma geral, quer dizer, um tratamento paritário a todas as pessoas eventualmente submetidas a julgamento.

Se é possível a desigualdade em face do saber do acusado, nas suas várias formas, é ainda mais possível quanto verificável a desigualdade em face da situação financeira do mesmo.³⁴⁷

O acusado pobre já começa mal. Geralmente se apresenta em juízo para interrogatório sem antes ter tido contato com um advogado; uma vez em juízo, se não tiver o acompanhamento de advogado naquele interrogatório, terá toda dificuldade na resposta às perguntas formuladas, e se o juiz for um burocrata, tanto pior para este acusado, pois, nenhuma chance tem ele sequer de reservar-se no direito ao silêncio na sua plenitude, dado o medo reverente diante da autoridade. Não terá ainda, esse pobre acusado, dinheiro para constituir um bom advogado (às vezes, nem um bom nem um ruim...), e, terá que submeter-se ao primeiro profissional que aceitar a sua causa, ou a uma defensoria pública que, mesmo competente, está abarrotada de serviços e por isso, nunca (por maior que seja a sua boa vontade e competência) poderá dispensar a mesma atenção que um advogado exclusivo.

E em grau de recurso ocorre o mesmo problema, já que o acusado pobre vê suas chances limitadas, ou pela desistência precoce da causa, pelo advogado (já que o preço passa a ser outro para recorrer, conforme o

³⁴⁷ - Sobre isso, já lembraram CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 17: *Las personas u organizaciones que poseen recursos financieros considerables o relativamente altos y que pueden utilizarlos para litigar, tienen ventajas obvias en la búsqueda o defensa de sus reclamaciones. En primer lugar, pueden darse el lujo de litigar. Además pueden soportar los retrasos del litigio. Cada una de estas capacidades, si sólo está em manos de una de las partes, puede ser arma poderosa contra la otra; la amenaza del litigio se vuelve creíble y efectiva. De manera similar, una de las dos partes de una disputa tal vez pueda gastar más que la otra, y como resultado hacer valer mejor sus argumentos.*

contratado), ou por razões materiais, eis que, mesmo com todos os recursos da informática atuais, protocolos integrados etc., há casos onde a presença física do advogado na defesa das razões de recurso é imprescindível, e o acusado pobre não pode suportar as despesas que envolveriam um deslocamento para defesa oral. E as circunstâncias desfavoráveis se estendem a tantas mais, conforme o lugar onde mora o acusado, o honorários e condições pactuados com o advogado, aspectos técnicos da causa (necessidade de perícias, pareceres etc., de interesse exclusivo do acusado) e assim por diante.

É o império da desigualdade pelo poder aquisitivo.

Por sua vez, e resumindo, o acusado de melhor poder aquisitivo, uma vez citado, procurará o melhor advogado que puder pagar, terá uma entrevista, será orientado no que dizer e no que silenciar, terá o acompanhamento do advogado no interrogatório o que lhe dará uma segurança maior nas respostas, e terá, desde o primeiro encontro com o advogado, uma estratégia já montada para o desenvolvimento da defesa. Tudo isto sem contar os muitos casos em que seu advogado já o acompanhou desde o inquérito, preparando a defesa, instruindo-a com pareceres técnicos, produzindo prova documental necessária, tudo visando a preparação para o futuro processo.

Pergunta-se: há igualdade num sistema como esse?

Dir-se-ia que o problema é político ou econômico de todo o País. Pode ser, mas a Constituição não pode ser preterida pelos operadores do Direito sob o argumento de que já o fora anteriormente pelos políticos.

É preciso que o juiz e o promotor estejam atentos para essa desigualdade e dêem condições para uma equiparação no curso do processo, sopesando as desvantagens e abrindo espaços para um processo mais justo em relação ao menos possuído. O advogado, por sua vez, público ou particular, deve exigir essa observação, bem como trabalhar com mais afinco para superar

as falhas e preencher as lacunas que os demais operadores vierem a deixar. Tudo isso se resolve com uma palavra: humanismo. Humanismo no processo é respeitar as diferenças, observando ao máximo os ditames constitucionais.

Mas a pergunta “qual acusado?” não se limita a seu preparo intelectual, à sua condição financeira e ao advogado que o defende.

Todos esses fatores tem um aliado muito forte na aferição da desigualdade, que é o senso-comum, o que se tem chamado aqui de normalização foucaultiana.

Acontece que a maioria da população é constituída de gente pobre. Então, se se disser que qualquer pessoa pode praticar qualquer crime a qualquer tempo, pela lógica, mais pobres praticarão crimes, porque são a maioria. Este é um ponto.

Por outro lado, a maior clientela do sistema penal são os pobres, não tanto por serem a maioria, mas pela rotulação dos crimes mais graves (e conseqüentemente de maior repercussão) que costuma recair sobre a população menos possuída. Nesse sentido, não é despiciendo anotar a lembrança de BARATTA quanto ao *labelling approach* (ou teoria da rotulação) e algumas de suas vertentes mais importantes, quais sejam, o “interacionismo simbólico” e a “etnometodologia”³⁴⁸. Nas palavras do citado autor: *Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade – ou seja, a realidade social – é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das*

³⁴⁸ - Seja alertado o leitor que a incursão em temas da criminologia, aqui, com a profundidade necessária à intelexção de algumas críticas apontadas, prejudicaria a metodologia do trabalho, já que o mesmo está delimitado em temas, também pontuais, do direito constitucional do processo penal). Não obstante, alguns esclarecimentos serão alinhavados adiante, com vistas a uma primeira abordagem criminológica daqueles que se interessarem no aprofundamento. Para tanto, remete-se o leitor, mais uma vez, aos estudos de Alessandro Baratta, Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis bem como Juarez Cirino dos Santos. V. nota n.º 12 deste trabalho.

*situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também, segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até às construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social.*³⁴⁹

E continua o professor italiano, após apontar várias vertentes do *labelling approach* e as pesquisas sobre a “cifra negra da criminalidade”: *essas pesquisas levaram a uma outra fundamental correção do conceito corrente de criminalidade: a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, como quer uma difundida concepção (e a ideologia da defesa social a ela vinculada), mas, ao contrário, o comportamento de largos estratos, ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.*³⁵⁰

No mesmo sentido, as lúcidas palavras de HULSMAN & CELIS, enfocando, por sua vez, uma consequência maniqueísta da rotulação criminológica: *As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a idéia simples – e simplista – de que há os bons de um lado e os maus de outro. É certo que existe toda uma corrente cultural com um enfoque das pessoas e situações muito mais cheio de nuances. A arte, a literatura, o cinema contemporâneos esforçam-se por descobrir a complexidade dos seres, de suas relações, das experiências vividas, mostrando o irrealismo dos discursos em preto e branco. Entretanto, no campo da justiça penal, as*

³⁴⁹ - BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico penal*. Tradução do original italiano por Juarez Cirino dos Santos, inédito, 1993, p. 86. (obs.: a obra pode ser encontrada em espanhol)

*imagens maniqueístas ainda se impõem quase que por inércia. A toda hora, encontramos pessoas bastante críticas em relação às instituições e a seu funcionamento e que, apesar disso, esperam que as leis e as estruturas promovam a harmonia social. Assim, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo freqüentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da **ordem** e, portanto, do **bem**. E, em face destes **símbolos** da justiça, do direito e da consciência reta, os “delinqüentes” são vistos como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.*³⁵¹

Essas abordagens criminológicas parecem ir ao encontro do que foi apresentado até aqui, quanto ao aspecto processual. E a pergunta “qual acusado?”, mormente em crimes considerados mais graves, tem levado o senso-comum a confrontar, quase sempre, o tal “lado bom” representado pelo biotipo padronizado como tal: branco, boa aparência, bem vestido, de “boa família” (seja lá o que isso signifique) com o “lado mau”, o feio, o negro, o pobre, etc..

Para simplificar, a sociedade acostumou-se a ver no ladrão, no estuprador, no seqüestrador, no homicida, aquele cidadão geralmente de origem pobre, raça negra, “mal-encarado” e feio. Este é o primeiro perfil do criminoso que passa pela cabeça de qualquer pessoa quando se menciona a ocorrência de um crime daquela natureza.

O acusado que se enquadra na descrição acima, mesmo inocente, já sabe como será visto pela sociedade (até porque, ele mesmo traz consigo as marcas da normalização) e já imagina também, como deverá ser visto pelo juiz e

³⁵⁰ - Idem, p. 106.

³⁵¹ - HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karan, 1. ed., Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 56-57.

promotor quando se postar diante deles. Esta normalização é extremamente prejudicial ao devido processo, porque compromete a igualdade processual desde o próprio acusado, e, se juiz e/ou promotor estiverem burocratizados, as consequências são desastrosas, porque seus olhos serão os mesmos olhos normalizados da sociedade.

O exemplo desta normalização pode ser verificado em dois casos recentes veiculados na imprensa brasileira.

No dia 29 de agosto de 1999, um mecânico fora preso após ter deixado o serviço, quando tomava um café num bar. A acusação: estupro. A vítima: uma mulher que, após ter praticado adultério num motel, deixando inclusive o filho bebê dormindo no carro, voltou para casa repleta de hematomas deixados como “marcas do amor”. Sem saber como justificar as manchas para o marido desconfiado, a mulher disse ter sido estuprada e, saindo com o marido indicou o “primeiro” homem que viu, como sendo o seu algoz. Resultado: o mecânico fora preso, torturado, surrado e após, solto (pois não houve flagrante).

A farsa só foi descoberta quando o amante da mulher, após tomar conhecimento denúncia caluniosa, apresentou-se e contou toda a verdade à polícia.³⁵²

Pergunta-se: qual o perfil do imputado em questão? Trata-se de um homem de 35 anos, negro, mecânico recém saído do serviço (portanto, sujo de graxa e poeira) e pobre. A escolha desse tipo pela mulher não foi por acaso. Poderiam estar no bar, com ele, outras pessoas, brancas, bem apessoadas etc.; podem ter sido vistas outras pessoas antes dele, mas ele, no senso-comum (e na mente da acusadora), tem o perfil adequado de um estuprador e daria maior credibilidade à farsa construída. Nesse quadro, o mecânico já estava

³⁵² - REVISTA VEJA. *Um estupro falso: mulher trai o marido, diz que foi atacada e acusa o primeiro homem que vê*. Edição 1622, de 03 de novembro de 1999.

condenado: pela mulher, pela polícia, pela sociedade. Não fosse o amante da mulher, o mecânico iria cumprir a sua sina de negro, pobre e rotulado.

Embora o fato (tão horrendo quanto os crimes ditos hediondos que se narram todos os dias) tenha ocorrido no fim de agosto, só fora veiculado na edição de 3 de novembro da Revista VEJA, numa página e só nela. Acabou. Não se fala mais nisso.

Na edição seguinte, uma semana depois, a mesma Revista VEJA traz uma outra reportagem, mas na capa, em manchete: **Por quê?**³⁵³ Trata-se do conhecido caso do jovem estudante de medicina que, em 03 de novembro de 1999, entrou num cinema paulistano, munido de submetralhadora, e, sem mais nem menos, disparou uma rajada que veio a matar três pessoas e ferindo outras cinco.

O caso mobilizou a imprensa nacional, ganhou várias páginas dos jornais, por vários dias. E a pergunta: Por quê? Leia-se: *Por que um jovem, bem apessoado, bem-nascido, estudante de medicina, enfim, alguém que não tem nada a ver com o tipo criminoso, por que faria uma coisa dessas?*

É óbvio que o caso é inusitado no Brasil; que várias pessoas foram vítimas, que o local era público etc.. Mas o que está movendo grande parte da discussão no senso-comum é justamente as condições pessoais do autor do crime.

Pela lógica normalizada da sociedade, se o autor do crime fosse o mecânico há pouco referido, talvez a repercussão fosse menor, ou, pelo menos, voltada para outros pontos e não para o “por quê” da prática. No caso do estudante de medicina, a sociedade parece estar até benevolente para com o rapaz, tentando explicar o inexplicável.

³⁵³ - REVISTA VEJA. Edição 1623, de 10 de novembro de 1999.

Por outro lado, se faz uma outra pergunta: no dia em que o mecânico fora acusado de estupro por uma mulher que jamais vira, se estivesse com ele, no bar, e fosse visto primeiro, o jovem estudante de medicina, teria este sido acusado no lugar do mecânico? Se tivesse o estudante sido visto na rua, antes do mecânico, a mulher o teria acusado? É óbvio que não.

O estudante não perfaz o tipo rotulado de criminoso; o mecânico é o tipo perfeito. O estudante é bem-apessoado, o mecânico vive sujo de graxa e poeira; o estudante é rico, o mecânico trabalha para viver; o estudante é branco, o mecânico é negro.

É bem lembrado por HULSMAN & CELIS³⁵⁴ a tendência maniqueísta da sociedade de separar os bons e os maus, como se houvesse uma etiqueta a deixar visível, verificável, notório, quem pertence a esta ou aquela categoria, sempre guardando no estereótipo do aqui “mecânico” a semelhança com os maus.

Por sua vez, CÁRMEN LÚCIA ensina: *O ser humano iguala-se ao outro quanto à sua natureza e à sua essência e desiguala-se em sua contingência humana e em sua continência social. O Direito é o que a sociedade – ou, muita vez, o eventual detentor da capacidade de ditar normas – diz que ele é.*³⁵⁵ Veja-se, aí, a importância dos operadores do Direito na interpretação e aplicação da Constituição no processo penal. É preciso

³⁵⁴ - HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 56.

³⁵⁵ - ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990. Para um estudo aprofundado do princípio da igualdade, v. também: JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, 242 p., para quem, todas as regras constitucionais inerentes aos direitos fundamentais derivam do princípio da igualdade, bem como, para a efetivação desses princípios na prática jurídica, é preciso que os operadores do direito transcendam os limites da dogmática jurídica, e busquem amparo nos demais ramos do conhecimento, sem descuidar da moral, da ética, e até da religião (v. especialmente p. 219-222).

entender as desigualdades para que se possa aplicar com eficiência o princípio da igualdade.

O Brasil está repleto de “estudantes e mecânicos”, vítimas e autores de crimes, todos eles, sujeitos ao processo penal. É preciso que os operadores do Direito não se deixem levar pela normalização do senso-comum, e tratem a todos (amparados pelo estado de inocência) com a devida igualdade, dando-lhes a oportunidade para exercer a defesa na sua plenitude, e, acima de tudo, resguardada a sua dignidade humana.

3.1.3.2. O acusado: objeto ou parte no processo?

O princípio da igualdade traz a sua importância, também, para a discussão acerca do papel do acusado no processo penal. Se a igualdade pressupõe o reconhecimento das diferenças no plano geral da vida, em Direito, deve significar também o reconhecimento da inserção numa mesma situação jurídica. Seria, por assim dizer: “somos diferentes mas, apesar das diferenças, temos a mesma probabilidade de estarmos submetidos a uma mesma causa penal, e ainda assim, pelos mesmos motivos ou por motivos diversos”.

TUCCI & TUCCI deixam bem claro esse raciocínio: *não obstante a indeterminação genérica de pessoas, que a qualifica, a **igualdade** repousa na identidade de situação jurídica em que todas elas se postam. Assim, também que proporcional deve ser a verdadeira **igualdade**. Tem de considerar as diversidades existentes entre os homens, posto que o tratamento igual a pessoas que se encontram em situações diferentes constituiria autêntica iniquidade.*³⁵⁶

³⁵⁶ - TUCCI, Rogério Lauria & TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição...*, p. 38.

Essa visão de igualdade só pode ser alcançada no processo penal a partir da sua função precípua, não por acaso insistentemente apontada neste trabalho, como elemento garantidor dos direitos e garantias fundamentais e possibilitador da mais ampla busca da verdade real. Somente sob esse prisma é que o acusado deixa de ser um mero objeto do processo (o que se verifica a partir da visão de processo penal como elemento viabilizador da pretensão punitiva) e passa a ser sujeito do processo, passivo tecnicamente, mas ativo na instrumentalização da plenitude de sua defesa.

Todos os elementos de burocratização até então estudados, deixam de considerar a pessoa humana submetida a julgamento, para, em seu detrimento, supervalorizar vaidades pessoais, tecnicismos ultrapassados, neuroses dogmatistas, o que se constitui, decisivamente, num desvirtuamento das funções dos operadores do Direito senão pelo desvirtuamento moral (já que muitos burocratas acreditam numa suposta correção de seus valores), no mínimo, mas suficientemente, pela desobediência aos valores constitucionais democráticos.

O operador jurídico portanto, na prática processual penal, após despido dos vícios burocratizantes, deve atentar para as deficiências do sistema e buscar a efetivação desta igualdade. Esta é uma preocupação também de FIGUEIREDO DIAS, quando sugere: *“Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu” – eis um slogan que poderá caracterizar impressivamente a relevância do problema que agora curamos.*³⁵⁷

O mesmo FIGUEIREDO DIAS, analisando o processo inquisitório que vigeu até o Séc. XIX, para depois, fazer uma interface com o que se apresenta (ou que deve se apresentar) num Estado democrático, explica: *No processo*

³⁵⁷ - DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 428.

*inquisitório, com efeito, é toda a força de um Estado fundado em um princípio totalitário que se põe ao serviço da investigação da verdade material; com uma tal desconsideração, porém, pelas liberdades fundamentais do arguido e pela sua dignidade de pessoa, que o direito de defesa se torna de real em aparente e o arguido se transforma em mero “objecto” de um processo que nada mais visa do que obter a sua “confissão”; tudo a justificar completamente a afirmação de um documento coevo: “Evidente é que saírem tantos confessos não é realidade da culpa, mas culpa do processo”.*³⁵⁸

Depois, analisando uma possível evolução do processo já no Séc. XIX, com a instauração do Estado de Direito, aponta as idéias que precederam a busca de um processo penal democrático: *Daí, justamente, que importasse assegurar de novo ao arguido, no processo penal, a posição de **sujeito**, dotado de um real e efectivo **direito de defesa**. Com isto não se pretendeu apenas – ou nem tanto – limitar o poder do Estado e o arbítrio dos seus representantes, mas corresponder à idéia desperta, de que **não há verdade material onde não tenha sido dada ao arguido a mais ampla e efectiva possibilidade de se defender da suspeita que sobre ele pesa, onde, numa palavra, não tenha sido conferida ao arguido a **protecção do direito****.*³⁵⁹

Mas é preciso lembrar, ainda com o professor português, que o fato de respeitar o acusado como sujeito e não objeto do processo não o torna um intocável a ponto de esta condição mesma, de sujeito, prejudicar a busca da verdade real. Por isso, acrescenta FIGUEIREDO DIAS: *Não quer isto dizer que o arguido não possa, em termos demarcados pela lei por forma estrita e expressa, ser objecto de **medidas coactivas** e constituir, ele próprio, um **meio***

³⁵⁸ - Idem, p. 428-9.

³⁵⁹ - Idem, p. 429.

*de prova. Quer dizer, sim, que as medidas coactivas e probatórias que sobre ele se exerçam não poderão nunca dirigir-se à extorsão de declarações ou de qualquer forma de auto-incriminação, e que, pelo contrário, todos os actos processuais do arguido deverão ser expressão da sua livre personalidade.*³⁶⁰

E para finalizar sua análise, FIGUEIREDO DIAS aponta o que significa tratar o acusado (arguido)³⁶¹ como sujeito e não objeto do processo: *O arguido é pois, sempre e fundamentalmente, sujeito do processo penal que co-determina de forma autónoma a sua conformação e desenvolvimento concretos, e não objecto de uma “inquisição” oficial que lhe seja feita. Nesta veste lhe pertencem certos direitos fundamentais, que podemos designar por direito de audiência, direito de presença, direito de assistência do defensor e direito à interposição de recursos.*³⁶²

Mas, como se tem observado no presente trabalho, não é sempre assim que ocorre na prática processual penal, até porque, o próprio sistema tem influenciado para que isso aconteça, deixando permanecerem na Lei, regras arcaicas e reacionárias, incondizentes com a democracia processual pela qual a doutrina e moderna jurisprudência tanto tem lutado.

Nesse sentido, e para finalizar, guarde-se a boa, mas, triste lembrança feita por CARNELUTTI: *Considerar o homem como uma coisa: pode-se ter uma forma mais expressiva de incivilidade? Mas é aquilo que acontece, infelizmente, nove entre dez vezes no processo penal.*³⁶³

³⁶⁰ - Idem, p. 431.

³⁶¹ - O autor português usa o termo “arguido”, baseando-se no sistema processual penal português, que difere-se do brasileiro, entre outros aspectos, por ser dividido em duas fases, como já se explicou aqui, em páginas anteriores. Entretanto, a terminologia e a diferença do sistema não invalida a análise aqui empreendida, pois, se o tratamento como sujeito deve existir numa fase inquisitória, tanto mais o deverá na instrução.

³⁶² - DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., p. 431.

³⁶³ - CARNELUTTI, Francesco. *As misérias...*, p. 13.

O que se busca aqui, neste trabalho, é fazer com que a atenção dos operadores jurídicos, torne a sentença de Carnelutti cada vez menos verdadeira.

3.2. Por um processo penal constitucional

De tudo o que fora visto até então, não resta ao tópico presente senão corroborar os argumentos sobre a imperiosa necessidade de uma abordagem do processo penal tanto a partir da, como em direção à Constituição da República.

A doutrina moderna tem insistido no balizamento de todos os setores do Direito pelos preceitos da Lei Maior. Assim é que se vêem hoje, obras voltadas para o Direito Civil na Constituição, Direito Penal na Constituição, Processo Penal e Constituição e assim por diante. Por outro lado, autores da máxima importância têm, de há muito, insistido nesse novo caminho. Exemplos são Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Jr., Afrânio Silva Jardim, Luiz Flávio Gomes, Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, entre outros no Brasil, bem como Adolfo Gelsi Bidart, no Uruguai, Eugenio Raúl Zaffaroni, na Argentina, Jorge de Figueiredo Dias, em Portugal e assim por diante, todos aqui citados.

A preocupação é geral. Cabe, porém, aos operadores do Direito, efetivar todo o conhecimento que tem sido fartamente direcionado nesse sentido pelos juristas atuais.

Seja lembrado, ainda, que, a partir da visão pretendida neste trabalho, amparada nas várias opiniões dos estudiosos citados, entre outros, o processo penal deixa aquela característica meramente liberal e individualista, para assumir uma postura social e igualitária, deixando sobre os operadores do

Direito a responsabilidade de efetivar esse igualitarismo. O Estado, antigo inimigo-comum, não-intervencionista, afastado das relações sociais para garantir a liberdade, pretendendo somente uma fiscalização da realização dos direitos fundamentais, passa a ser um ente atuante na efetivação desses direitos, interferindo e co-participando da democracia através do processo.

Não há mais lugar para a visão tradicional normalizada e idólatra que coloca os operadores do Direito num pedestal iluminado, como espectadores impassíveis do espetáculo da sociedade e meros tradutores de situações genéricas, mas diferenciadas e próprias, aos termos de uma legislação arcaica e reacionária.

O discurso do combate à impunidade, tão veiculado atualmente, apesar dos seus fundamentos, já que a sociedade vive situações de violência extrema e quase que descontrolada, não pode interferir na atuação dos operadores do Direito, mormente juizes e promotores, no sentido de eclipsar a defesa dos direitos fundamentais no processo penal.

Nesta linha, pode-se dizer que o tão propalado Estado Democrático de Direito, trazido à luz já no artigo 1º da Constituição da República, e, mote de discursos inflamados que se despejam todos os dias sobre corações e mentes de nossa população, tem, muitas das vezes, nos argumentos de sua defesa, elementos que vêm a contrariar os próprios fundamentos de sua existência. É que, entre outros aspectos, não se pode falar em Estado de Direito, e muito menos “Democrático”, se este não volta sua prática cotidiana ao respeito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Recorra-se a Lassalle³⁶⁴ para explicar: o respeito aqui referido não implica em tão-somente elencar uma série

³⁶⁴ - LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*; prefácio de Aurélio Wander Bastos. 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, *passim*. Nessa obra, o autor explica o que entende por Constituição, ou seja, “os fatores reais de poder” que regem o país,

de direitos e garantias na “folha de papel”. O que é necessário é o exercício diário e inafastável do respeito a tais garantias.

Parece então que, especificamente no processo penal, cuja maior clientela implica na população de classe sócio-econômica das mais baixas, é justamente aqui, diante dos tantos clamores exaltados pela sociedade (qual sociedade?), no sentido do aumento de penas, celeridade processual, procedimentos mais enérgicos, menos impunidade etc., repete-se, é justamente aqui onde são esquecidos muitas vezes os direitos e garantias fundamentais do cidadão, suposto criminoso, tudo isso, para dar uma satisfação à tal sociedade: *punindo-se* com maior rigor, ou fruto da disseminação perniciosa do saber-poder que envolve os operadores jurídicos muitas vezes com sede de descarregar sobre um incauto, toda a prepotência, o orgulho, as vaidades e os despeitos cotidianos.

Já se analisou anteriormente, algumas das causas do esquecimento e do desrespeito às garantias fundamentais no processo em face da burocratização e má ingerência do saber-poder. Por isso, o que interessa nesse momento do trabalho é lembrar, mais uma vez, que, através de uma visão constitucional do processo penal, é possível, por parte dos operadores do Direito, especialmente promotor e juiz, “policiar” as interferências nefastas do saber-poder no dia-a-dia processual e, por parte do cidadão, principalmente através da atuação consciente do seu advogado, exigir o respeito irrestrito à Carta Magna.

O que se fez até então foi tentar fornecer alguns elementos para essa discussão, com a consciência de que a mesma vai — e deve ir — além de meros debates acadêmicos, que deve ser vivida diariamente, de que é preciso

distinguindo tal conceito da Constituição escrita, o que, para ele, não passa de uma “folha de papel”. Esta é a chamada concepção sociológica de Constituição.

ser sentida por todos os operadores que vivem o processo penal e, na prática diária, dividem essa vivência com o ser humano.

O rigor das punições e a sua forma é matéria para ser discutida em outro momento, mormente à luz das novas teorias criminológicas. Todavia, independentemente desse rigor, que será ou não verificado por ocasião da sentença penal condenatória, é preciso que se dê ao então acusado todos os recursos inerentes à ampla defesa, ao contraditório, à busca da verdade real, tudo pautado num processo igualitário (tanto do ponto de vista das classes sociais quanto das partes processuais) e voltado à dignidade da pessoa humana submetida a julgamento.

Considerações finais:

A pretensão do presente trabalho, mais do que científica, vislumbrou a possibilidade e a necessidade de constituir-se em um ato de intervenção. Uma intervenção que atue no cotidiano dos operadores jurídicos, mormente dos tendentes à burocratização, a partir de um novo enxergar o Direito, um novo pensar o Direito e principalmente, um novo viver o Direito.

Procurou-se enfatizar a natureza pública do processo penal e sua vinculação estreita com a Constituição Federal.

As garantias constitucionais do processo penal, elo indispensável que liga o estatuto processual à Carta Magna, foi demonstrado, fundam-se em princípios, que são, por sua vez, o espírito da ordem, os pilares de todo o sistema, e devem ser vislumbrados acima de todo o Direito Positivo, eis que este, oriundo daqueles.

Ademais, fora constatado também, que o discurso do rigor, do fim da impunidade, da maior severidade para com os criminosos, embora ancorado no argumento do controle da violência e criminalidade que chegaram a níveis assustadores, é um discurso que deve ser recebido com a maior cautela pelos operadores jurídicos, já que, o que se tem observado, inclusive em outros países (exemplo da Itália, citado no Capítulo I), é que sob o pretexto da severidade, muitas vezes se tem esquecido da atenção devida às garantias constitucionais, e a violência institucionalizada passa a ser mais perigosa (potencial e efetivamente) do que a violência verificada no meio social.

Por isso, a visão do operador do Direito deve estar sempre voltada para a função precípua do processo penal que não é, como querem alguns, a realização da pretensão punitiva, mas, definitivamente, a possibilitação da busca da verdade real, com a garantia máxima dos direitos fundamentais da

pessoa submetida a julgamento, através do devido processo legal, resguardando a sua dignidade humana.

Destarte, analisando-se no Capítulo II, as origens e divisões do devido processo legal (que chamou-se de “devido processo penal” por uma questão de adequação semântica), a sua inserção no direito comparado, bem como as implicações de seus corolários mais diretos, ou seja, a ampla defesa e o contraditório, constatou-se que há, ainda no cotidiano jurídico brasileiro, uma série de decisões, manifestações e atuações processuais tendentes à indiferença ou à violação clara do devido processo, atos esses, às vezes, ancorados na própria lei, o que demonstra uma falha tanto da lei retrógrada quanto daquele que a toma por base de uma atuação.

Uma vez existente essa tendência reacionária, era preciso verificar quais os fatores que interferem, em maior ou menor escala, para que tal tendência ainda subsista.

Foi aí que se constatou que, atuam na perpetuação da antidemocracia processual tanto a) a Lei, que conserva ditames ultrapassados e incondizentes com os direitos fundamentais, b) a doutrina, muitas vezes, que avaliza, ou não atenta para esse efeito burocratizador da Lei, limitando-se a descrever conceitos, interpretar artigos, e repetir as definições de outros tantos, sem a abordagem crítica necessária para que se compreenda a abrangência e a inserção atual dos mesmos conceitos e interpretações, mas, mais ainda, c) a atuação comodista e/ou repetitiva de muitos operadores do Direito, que, gravados pela tradição dogmatista, ou pela normalização burocratizante advinda do senso-comum, não buscam (por não querer, por não perceber ou por não entender a necessidade) uma inovação no pensamento e uma adequação aos novos tempos, que não são mais os do império da Lei, mas os da luta pela efetivação dos direitos fundamentais (da liberdade, da igualdade e

da fraternidade) catalogados na Constituição da República, que é o Código Ético do Processo Penal.

O grande problema da burocratização, da inobservância dos direitos fundamentais, não está na Lei, está nas pessoas que vivem o cotidiano processual penal, mas não perceberam a abrangência desse ramo do Direito, não perceberam a sua verdadeira função (a do Direito e a que exercem).

É preciso “uma nova etização” (como diria Zaffaroni), uma nova visão sobre o processo, uma visão eminentemente constitucional. A técnica dos Códigos é ferramenta, que deve estar adequada aos novos tempos e evoluir com eles, caso contrário, ou seja, se não corresponder à realidade buscada pela Lei Maior (manual que orienta o seu operador), não tem mais utilidade.

É óbvio que não há como fugir das relações de poder no processo penal, porque “jurisdição” é poder, “persecução” é manifestação de poder e até o exercício da “defesa” também implica em poder.

O processo é, portanto, uma instância de poder. Entretanto, cada um dos atores do processo penal, dentro de sua seara de poder, deve estar consciente da importância e da abrangência desse poder.

O advogado precisa ficar atento para a condição de seu constituinte (condição de saber, condição econômica, condição social), buscando sempre a firme atuação no sentido de evitar a imposição desmedida do poder pelo saber, eventualmente advindas dos demais atores, quando estes estiverem maculados de vícios burocratizantes. Deve também, o advogado, esclarecer o acusado sobre as inverdades normalizadas no senso-comum, principalmente quanto à mitificação dos demais atores, para que possa aquele se postar com dignidade perante juiz e promotor, contribuindo assim com a sua causa mesma e também com a efetivação de um processo penal constitucional, orientado à busca da verdade real e não da verdade imposta.

O promotor de justiça deve desprender-se de preconceitos que vêm envolvendo a sua função desde a remota origem histórica, esquecendo-se da postura sectária e reacionária do paladino da lei e da ordem, para se postar como um verdadeiro fiscal da constitucionalidade. Deve ainda impedir que a própria normalização social o coloque na posição do neurótico, do reacionário, do acusador implacável, ideólogo do *in dubio contra reo*.

Tudo isso não impede as funções acusatórias, mas as fortalece, porque reforça o seu fundamento quando este realmente houver.

A importância do magistrado, por sua vez, na efetivação dos direitos fundamentais no processo penal, vem a fechar um ciclo vital de democratização processual.

Como detentor da jurisdição, ou seja, a maior manifestação de poder dentro do processo, o julgador, de todos os operadores atuantes, é aquele que deve agir com a maior serenidade, maior consciência e maior conscientização da abrangência de sua função. Isto porque é também ele, pelo seu *status* social, pela expectativa que a sociedade deposita sobre sua figura, pela imagem normalizada no senso-comum quanto à figura do juiz, repete-se, é ele o operador jurídico mais visado pela tendência burocratizante e bacharelista. E, da burocratização e do bacharelismo para o pedantismo, o dogmatismo, a assepsia, o comodismo crônico e o automatismo, vai uma distância muito pequena, quase imperceptível.

É por isso que o julgador deve ser o maior garantidor da constitucionalização do processo penal, porque sobre ele são depositadas as maiores expectativas da manifestação do poder, e esta manifestação deve estar voltada para a concretização da verdadeira justiça, que se confunde com a ética e a democracia no processo.

Desta forma, a partir das análises empreendidas durante o trabalho, chega-se a uma linha inevitável: Se o processo penal é o complemento necessário da Constituição, onde estão estampadas as garantias constitucionais como limitação do poder do Estado, bem como sua atuação como efetivador da Carta Magna, garantias estas que, por sua vez, são fundadas em princípios, o fim precípua do processo é alcançar um *optimum*, mínimo que seja, de justiça (e esta justiça compreende a ampla defesa, o contraditório, a busca da verdade real etc.).

Por fim, estando a responsabilidade maior ao cargo do julgador nessa busca da justiça, por deter ele a jurisdição, ou seja, o poder da dicção e aplicação da lei, deve haver por este, antes de tudo, uma reavaliação do procedimento até então adotado em consonância com uma releitura das leis processuais à luz do sistema constitucional como fundamento último de toda prática processual, e, por fim, repensar, a partir de si mesmo, o tratamento dispensado até então às partes no processo penal.

Se não houver, por parte do julgador (que deve ser o guardião das garantias constitucionais no processo) a necessária conscientização de que o sistema, de uma forma geral, tem sido injusto na prática processual penal, relegando os menos possuídos (seus maiores clientes) à posição de meros objetos do processo, e, dispensando à lei fria (destituída de princípios) importância maior que ao próprio fator humano, todo o discurso que até aqui se empreendeu terá constituído trabalho inútil.

É preciso transcender a folha de papel...

Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARGENTINA. *Constitución de la nación argentina*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1995, 62 p.
- ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Relatores FERNANDES, Antonio Scarance [et al.]. *Anteprojeto para alteração do código de processo penal*. (Série Cadernos Informativos). São Paulo: APMP, 1994, 105 p.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1980, 553 p.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia jurídico penal*. Tradução do original italiano por Juarez Cirino dos Santos, inédito, 1993, 283 p.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1993, 112 p.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, 300 p.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, 429 p.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*, 18. ed., ampl. e atual., São Paulo: Saraiva, 1997, 497 p.
- BAZDRESCH, Luis. *Curso elemental de garantías constitucionales*. Mexico: Jus, 1977, 225 p.

- BIDART, Adolfo Gelsi. *Proceso penal: aproximación a los fundamentos*. Montevideu: FCU, 1996, 334 p.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, 680 p.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996, 112 p.
- BOTELHO, Ronaldo. *Sentença condenatória. Réu revel. Possibilidade não obstante de apelar em liberdade*. In : O ESTADO DO PARANÁ, Caderno *Direito e Justiça*, edição de 12.07.1998, p. 3.
- BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, 84 p.
- CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. *Todas as constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1971, 448 p.
- CAPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, 154 p.
- CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Conan, 1995, 84 p.
- _____. *Instituciones del proceso civil*, tradución de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJE, vol. I, 1956.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 417 p.
- CERNICHIARO, Luiz Vicente & COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*, 3.ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 1995.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1., 1969.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II, Campinas: Bookseller, 1998, 472 p.
- CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. São Paulo: RT, 1995, 199 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1995, 297 p.
- _____. *O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo*. São Paulo: Acadêmica: Curitiba: Scientia et Labor, 1988, 149 p.
- _____. *Temas de direito constitucional (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, 248 p.
- COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. Tradução de Alcides Cruz, 2. ed., reprodução fac-similar da edição de 1909. São Paulo: RT, 1982, 411 p.
- CORWIN, Eduard S., & PELTASON, Jack W., *Understanding the Constitution*. Third edition. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989, 163 p.
- COUTURE, Eduardo J.. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. (póstuma) Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do mandado de segurança*, São Paulo: Bushatsky, 1974.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. 1º. volume, Coimbra: Coimbra, 1984, 600 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1993, 341 p.
- DOBROWOLSKI, Silvio. *Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais*. In : Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 27, n. 107, abr./jun. 1990, p.26-38.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, s/d, (original em inglês: Taking rights seriously, Harvard Universiti Press, 1978).
- ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*, São Paulo: RT, 1998, 274 p.
- EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. Tradução de António Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 1993, 227 p.
- FENECH, Miguel. *El proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1956.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 2. ed., vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1997, 503 p.
- _____. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, 189 p.
- FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*, 2. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 288 p.
- FLÓREZ-VALDÉS, Joaquim Arce y. *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1990, 163 p.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*, trad. Espanhola de L. Prieto Castro, Barcelona: Bosch, Casa Editorial, s/d.
- FONSECA, Eduardo Gianetti da. *O centro sensível do Universo*. In : *Autoengano*, São Paulo: Companhia das Letras, 1997, 269 p.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 1996, 158 p.

- _____. *Microfísica do poder*. Org. e trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979, 295 p.
- _____. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 5. ed., Tradução de Ligia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987, 277 p.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1994, 1228 p.
- _____. & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, 310 p.
- GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura: no estado constitucional e democrático de direito: independência judicial, controle judiciário, legitimação da jurisdição, politização e responsabilidade do juiz*. São Paulo: RT, 1997, 266 p.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, 362 p.
- GRINOVER, Ada Pellegrini [Org.]. *O processo constitucional em marcha: Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. São Paulo: Max Limonad, 1985, 273 p.
- _____. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. atual., São Paulo: RT, 1982.
- _____. [et. al.]. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: RT, 1996, 245 p.
- _____. FERNANDES, Antonio Scarance & GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3. ed., revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1994, 261 p.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, 374 p.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Colección “Estudios Constitucionales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 112 p.

HORTA, Raul Machado. **in** : DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, prefácio, 163 p.

HULSMAN, Louk & CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1993, 180 p.

JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a lei*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, 242 p.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 155 p.

_____. *Direito processual penal; estudos e pareceres*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, 590 p.

JORNAL O ESTADO DO PARANÁ. **In** : Caderno Direito e Justiça, edição de 26.07.98.

_____. Edição de 12.07.1998, p. 2.

_____. Edição de 13.06.1999, p. 5.

_____. Edição de 14.03.1999, p. 2.

_____. Edição de 14.06.1998, p. 2.

_____. Edição de 16.08.1998, p.2.

_____. Edição de 20.12.1998, p. 2.

_____. Edição de 27.09.1998, p. 2.

_____. Edição de 30.05.1999, p. 5.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamêgo. 2. ed. revista, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 620 p.

- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*; prefácio de Aurélio Wander Bastos. 3. ed., Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, 67 p.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1985, 285 p.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. IN : *Os Pensadores*; 9, Tradução de E. Jacy Monteiro, 5. ed., São Paulo: Nova Cultural, 1991, 316 p.
- LÖEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*, 2. ed., 1.^a reimpressão, Barcelona:Ariel, 1979, 619 p.
- LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, 254 p.
- LUIZI, Luiz Benito Vigiano. *A crise das garantias processuais penais*. In : *Latu Sensu: Revista da Faculdade de Direito de Cruz Alta*. Vol. 1, Cruz Alta: UNICRUZ, Departamento de Ciências Jurídicas, 1997.
- LYRA, Roberto. *Teoria e prática da promotoria pública*. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1989, 272 p.
- MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Foucault: o poder e o direito*. In : *Tempo social; Revista sociológica*. São Paulo: USP, 1.º sem., 1990.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I.
- _____. *Manual de direito processual civil*, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, v. 1, p. 4.
- _____. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, vol. I.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1997, 208 p.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1993, 744 p.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, Coimbra, 1988.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 5. ed., revista e ampliada, São Paulo: Atlas, 1999, 754 p.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed., São Paulo: RT, 1995.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela e direitos constitucionais (teoria, prática e jurisprudência)*, São Paulo: Saraiva, 1994, 273 p.
- PACTET, Pierre. *Institutions politiques/droit constitutionnel*, 15. ed., Paris: Armand Colin, 1996, 576 p.
- PIERANGELLI, José Henrique. *Escritos jurídico-penais*, São Paulo: RT, 1992, 309 p.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 6. ed., vol. I, São Paulo: Saraiva, 1983, 711 p.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*, 6. ed., Coleção Stvdium, temas filosóficos, jurídicos e sociais, Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, 430 p.
- REVISTA VEJA, Rio de Janeiro: Abril, ed. 1504, nº 28, de 16.07.97.
- _____. Edição 1623, de 10 de novembro de 1999.
- _____. *Um estupro falso: mulher trai o marido, diz que foi atacada e acusa o primeiro homem que vê*. Edição 1622, de 03 de novembro de 1999.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, 124 p.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social (e discurso sobre a economia política)*. Tradução de Marcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. 7. ed., São Paulo: Hemus, 1995, 190 p.
- SANCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de derecho constitucional comparado*. 6. ed., Madrid: Univerddad de Madrid/Facultad de Derecho – Seccion de Publicaciones, 1976, 470 p.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la constitución*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/d, 457 p.
- SCHUARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: “the bill of rights”*. Tradução de A. B. Pinheiro de Lemos, Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1979.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État*, Org. e introdução de Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984, 155 p.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2.ed., São Paulo: RT, 1982, 258 p.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., rev., São Paulo: Malheiros, 1997, 816 p.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo*. Porto Alegre: Fabris, 1987, 211 p.
- STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, 181 p.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*, texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, 785 p.

- TELES, Ney Moura. *Suspensão do processo e da prescrição*. In : *Consulex: o mundo jurídico em cores*. Brasília: CONSULEX, edição n.º 10 (CD-ROM), de 31.10.97.
- TORNAGHI, Hélio B. *A relação processual penal*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1987.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatski, 1976, 224 p.
- _____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, 501 p.
- _____. & CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, 281 p.
- URUGUAI. *Constitución de 1967, de la República Oriental del Uruguay*. 2. ed. Actualizada (1997), com las reformas de 1989, 1994 y 1996 y seguida de un repertorio temático. Montevideo: FCU, 1997, 173 p.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Curso de derecho político*, 3. ed., vol. II, Madrid: Tecnos, 1986, 726 p.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Sociedade liberal e a tradição do bacharelismo jurídico*. In : BORGES FILHO, Nilson [Org.]. *Direito, Estado, política e sociedade em transformação*. Porto Alegre: Fabris, 1995, 185 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, 281 p.
- _____. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: RT, 1995, 216 p.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, 156 p.